

7. Statens interesser og avveiningen mot hva som tjener barnets interesser best

7.1 INNLEDNING

Barnets beste er ikke en absolutt rettighet.¹⁵¹⁸ Hva som er i barnets beste interesser, må ved motstrid avveies mot andre eller andres rettigheter eller interesser. En avveining *mot* andres rettigheter er lite relevant for de sakstypene som her behandles. I dette kapitlet er temaet statens interesser og avveiningen mot hva som best tjener barnets interesser. Vurderingssiden, som var gjenstand for analyse i kapittel seks, og avveiningssiden henger nær sammen. Det er først etter at barnets beste er vurdert og fastsatt, at det er klart om det foreligger en konflikt mellom barnets og statens interesser, og dermed om det må foretas en avveining.¹⁵¹⁹ Rettigheter, interesser og momenter som inngår i vurderingen, innvirker på vektingen av hva som best tjener det berørte barnets interesser, og dermed også på hvor tungtveiende statens interesser må være hvis de skal kunne få avgjørende betydning.¹⁵²⁰

Hvis en avgjørelse kommer konflikt med andre rettigheter enn barnets beste, må også disse respekteres og sikres. Griper vedtaket inn i absolutte rettigheter, blir det ingen avveining.¹⁵²¹ Griper vedtaket inn i rettigheter som åpner for en avveining, må det foretas en harmonisering slik at avveining blir i tråd med de kravene som følger av *alle* de relevante rettighetene. Det kunne absolutt vært interessant å behandle denne tematikken nærmere. For å svare på problemstillingen om hvordan barnets beste kan gi rett til opphold, til å ikke bli utvist eller til å ikke få sine foreldre utvist, er det imidlertid nødvendig å se på barnets beste adskilt fra andre rettigheter. Analysene i dette kapitlet retter seg derfor særlig mot tilfeller hvor ikke andre rettigheter enn barnets beste kommer direkte til anvendelse.

1518 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4.

1519 General Comment nr. 14 avsnitt 39.

1520 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2.1 og 6.2.2 om disse elementene.

1521 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.2.2.2.

Fordi avveiningen, i likhet med vurderingen av hva som best tjener barnets beste, må gjøres konkret, er det en grense for hvor langt den kan utpensles løst fra en konkret sak. Jeg kan følgelig ikke gå helt inn på det konkrete nivået av rettigheten, men må foreta analysene på det abstrakte nivået og mellomnivået mellom det abstrakte og det konkrete.¹⁵²² Jeg konsentrerer meg følgelig om hvilke overordnede føringer som gjelder, og hvordan de innvirker på avveiningen i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. I det følgende behandles dermed hvilke *krav* som må stilles til statens interesser, *hvilke interesser* staten kan påberope seg, de *overordnede føringene på vektingen* av statens interesser og enkelte *sentrale trekk ved avveiningen*.

7.2 HVILKE KRAV MÅ GJELDE?

Av BK art. 3 nr. 1, GrL § 104 annet ledd og EUs charter art. 24 nr. 2 følger det at barnets beste «shall be a primary consideration»/«skal [...] være et grunnleggende hensyn», men ordlyden sier ingenting om *hvilke andre interesser* som kan vektlegges. Ordlyden gir heller ikke klare føringer på avveiningen. I motsetning til en del andre konvensjoner inneholder BK ingen generell begrensningshjemmel med krav til eventuelle motstridende interesser og til avveiningen.¹⁵²³ For Grunnlovens del er det heller ikke, på nåværende tidspunkt, vedtatt en begrensningshjemmel.¹⁵²⁴ For at rettigheten skal fungere effektivt, og at avveiningen ikke skal uthule rettighetsvernet, er det nødvendig med enkelte krav til statens interesser og avveiningen. Noen føringer må foreligge. Spørsmålet blir hvilke krav som må gjelde.

Barnekomiteen har kommet inn på behovet for å foreta en avveining mot andre hensyn og andres interesser, herunder «other children, the public, parents».¹⁵²⁵

1522 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4 om rettigheters to nivåer og kapittel 6 punkt 6.1.

1523 EUs charter har en generell begrensningshjemmel som slår fast at enhver begrensning av rettighetene og frihetene «must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms», jf. art. 51 nr. 1. Videre følger det krav til forholdsmessighet, og herunder nødvendighet og formålmessighet, i likhet med etter en rekke andre begrensningshjemler. Også i ØSK er det *en* begrensningshjemmel for alle rettighetene i konvensjonen, se ØSK art. 4.

1524 Under arbeidet med Grunnlovens rettighetskatalog ble det foreslått en generell begrensningshjemmel som skulle gjelde for § 104 om barns rettigheter og herunder barnets beste, se Dok. 16 (2011–2012) s. 69–76. Denne ble ikke vedtatt. Et nytt forslag ble fremmet. Her er det foreslått at ny § 113 a første ledd skal lyde «[e]nhver begrensning av rettigheter i denne grunnlov må være fastsatt ved lov, være forholdsmessig og respektere kjernen i rettighetene», og videre i annet ledd at «[d]et kan ikke i noe tilfelle gjøres slike begrensninger i §§ 16 første punktum, 93, 94, 95, 96, 100 fjerde ledd første punktum og 105. Tilsvarende gjelder for § 97 ved spørsmål om straff», se Dok. 12:8 (2015–2016). Bestemmelsen ble ikke vedtatt.

1525 General Comment nr. 14 avsnitt 39.

Komiteen utdyper kun hvordan avveiningen må foretas ved konflikter mellom barnets beste og andre barns interesser eller andres rettigheter. Komiteen utdyper ikke hvordan en avveining mot offentlige interesser må foretas. I de to sakstypene som her behandles, er det som oftest det offentlige, mer konkret statens interesser, som barnets interesser må avveies mot.

Et spørsmål er hvorvidt den manglende veiledningen ordlyden i art. 3 nr. 1 gir om hvilke interesser som er relevante, hvilke krav som stilles til disse, og hvilke krav som stilles til avveiningen, er et tegn på at det ikke var ønskelig med strenge krav. Slik Freeman beskriver arbeidet med artikkelen og dens utforming, er det ikke noe som tyder på at avveiningen og hvilke krav som må stilles til statens interesser, i det hele tatt var et tema.¹⁵²⁶ I det første utkastet var det ikke lagt opp til noen avveining.¹⁵²⁷ Ordlyden ble endret etter at noen av delegatene uttrykte bekymring for en regel hvor hva som var i barnets beste interesser, skulle være avgjørende i alle sammenhenger.¹⁵²⁸ Det var ellers lite diskusjoner om ordlyden. Knappheten i bestemmelsen kan følgelig ikke tas til inntekt for at det ikke var ønskelig med strenge krav til avveiningen.

Mange menneskerettigheter åpner for inngrep eller unnlattelse av plikten til å sikre rettigheten i visse tilfeller, og gjerne etter en avveining. De kravene som gjelder for at staten skal kunne begrense rettigheten, altså kravene for å kunne gripe inn i den eller unnlate å sikre den, er ofte oppstilt i generelle eller konkrete *begrensningshjemler*. Fordi ordlyden i barnets beste åpner for en avveining, er det i utgangspunktet ikke nødvendig med en hjemmel for å kunne begrense rettigheten. Det kan likevel spørres om ulike begrensningshjemler inneholder noen *faste krav* som må gjelde generelt for rettigheter som ikke er absolutte, og som åpner for avveininger.

Av FNs deklarasjon om menneskerettigheter følger det en generell begrensningshjemmel av art. 29 nr. 2. Etter artikkelen må begrensninger være hjemlet i lov og «solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society». Det gjelder altså et lovkrav og et krav om at begrensningene utelukkende må gjøres for å ivareta de nærmere angitte formålene/interessene. Med formuleringen «just requirements» ser det også ut til å gjelde et rimelighetskrav. Lignende krav følger av en rekke andre konvensjonsbestemmelser, herunder flere i EMK.¹⁵²⁹ I EU-charterets generelle

1526 Freeman (2007b) s. 25–26.

1527 Freeman (2007b) s. 25.

1528 Freeman (2007b) s. 26.

1529 Se EMK art. 8 nr. 2, art. 9 nr. 2, art. 10 nr. 2 og art. 11 nr. 2.

begrensningshjemmel slås det fast at enhver begrensning av rettighetene og frihetene «must [...] respect the essence of those rights and freedoms», jf. art. 51 nr. 1. Hjemmelen gjelder også for barns rettigheter i art. 24. Også i forslaget til begrensningshjemmel for grunnlovsrettighetene var det tatt med at begrensningen skulle respektere rettighetens kjerne.¹⁵³⁰ Et krav om å respektere rettighetens kjerne følger ikke uttrykkelig av EMKs art. 8 nr. 2 eller av de øvrige artiklene som åpner for begrensninger, men kravet finnes i EMDs praksis.¹⁵³¹

Ettersom de øvrige bestemmelsene hvor barnets beste er angitt, og praksis fra EMD, bygger på BK, som er en FN-konvensjon, er det nærliggende å se til FNs menneskerettighetskonvensjoner. Problemet er at konvensjonene ikke inneholder *en*, men flere ulike typer terskler og hjemler for begrensninger.¹⁵³² Det er også forskjeller innenfor samme konvensjoner. Av den generelle begrensningshjemmelen i ØSK følger det at «the State may subject such rights only to such limitations as are determined by law *only in so far as this may be compatible with the nature of these rights* and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society» (min utheving), jf. art. 4. Begrensning må altså være forenelig med rettighetenes karakter. Dette kan tolkes på to måter. For det første at den relevante rettigheten må ha en karakter som gjør at den åpner for begrensninger, og for den andre at en begrensning ikke må gripe inn rettigheten slik at den uthules fullstendig, altså at det må gjenstå en kjerne.

At det ikke kan gjøres begrensninger som griper inn i rettighetens *kjerne*, må være en generell forutsetning for alle rettigheter, selv om det ikke følger uttrykkelig av alle begrensningshjemler eller ordlyden av bestemmelsene.¹⁵³³ I motsatt fall ville statene helt kunne uthulet vernet av interesser rettighetene skal ivareta. Hvor-

1530 Dok. 16 (2011–2012) s. 74.

1531 Se for eksempel Sheffield og Horsham mot Storbritannia avsnitt 66. I forarbeidene til grunnlovsbestemmelsen legges det også til grunn at et slikt krav harmonerer godt med praksis fra EMD og Høyesterett, Dok. 16 (2011–2012) s. 73.

1532 I SP og BK er det forskjellige begrensningshjemler og ingen generelle. For eksempel inneholder SP art. 12 nr. 3, 18, 19 og 22 og BK art. 13 nr. 2, 14 nr. 3 og 15 nr. 2 lignende hjemler som EMD og Høyesterett benytter blant annet ved inngrep i retten til familie- og privatliv. For positive forpliktelser er det mange steder brukt begrepet «appropriate», slik som for eksempel BK art. 8 nr. 2 og 22. nr. 1. Dette gir rom for enkelte tilpasninger i forpliktelsene. En annen variant er den som finnes i BK art. 16 og SP art. 17. Her følger det at ingen barn / ingen skal «be subjected to *arbitrary or unlawful* interference with his or her privacy, family, home or correspondence» (min utheving). Også EMK benytter begrepet «arbitrary» i noen sammenhenger. Domstolen har uttalt at «the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities», Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 42.

1533 Noe annet gjelder ved fravikelse av rettigheter i krisesituasjoner, der det er hjemmel for det, eller hvis det er tatt gyldige forbehold ved ratifiseringen av konvensjonen.

dan en slik kjerne skal forstås, er likevel ikke helt klart. I forarbeidene til grunnlovsreformen i 2014 legges det til grunn at det ikke kan gjøres så store begrensninger i en rettighet at den i realiteten er fraveket.¹⁵³⁴ Hvis staten ikke foretar en vurdering av hva som er til barnets beste eller ikke foretar en reell avveining, er det ikke en begrensning som er gjort, men en fravikelse. En reell avveining forutsetter at hva som er i barnets beste interesser, har vært vurdert og vektet. En korrekt vurdering og vektingen av barnets interesser er også helt nødvendig for at rettigheten skal oppfylle sine funksjoner og kunne gi et særlig vern til barns interesser. Fordi det ikke kan foretas en avveining uten en tilstrekkelig vurdering, og fordi vurderingen er helt sentral for å verne barns interesser, kan det ikke foretas en begrensning i vurderingssiden av rettigheten. En begrensning kan følgelig kun gjøres gjennom avveiningen.

Det som synes klart av ordlyden i BK art. 3 nr. 1 og GrL. § 104 annet ledd, er at når barnets beste skal være «a primary consideration»/«et grunnleggende hensyn», må eventuelle motstridende interesser ha en viss *tyngde* og *være relevante i den konkrete saken*. Skulle lite tungtveiende interesser av mindre betydning for avgjørelsen gå foran barnets beste, hadde ikke kravet om å behandle barnets beste som grunnleggende vært respektert. At de interessene eller hensynene som vektlegges, må være relevante i den aktuelle saken, er et krav som generelt må stilles til offentlig myndighetsutøvelse. Staten (og kommunene) kan ikke treffe avgjørelser basert på tilfeldige hensyn eller for å forfølge interesser som ikke er relevante og heller ikke nødvendige å vektlegge i saken. Det vil være vilkårlig.¹⁵³⁵ Skal en avgjørelse gå på bekostning av barnets interesser, må det altså være rettferdiggjort basert på relevante interesser med en tyngde som tilsier at de kan gå foran en grunnleggende faktor.

En måte å betrakte et krav om rettferdiggjøring på er å se det som et krav om legitimitet.¹⁵³⁶ Mæhle legger til grunn at det kan skilles mellom formell, materiell, faktisk og normativ legitimitet.¹⁵³⁷ Formell legitimitet kan betraktes som et spørsmål om hjemmelsgrunnlag.¹⁵³⁸ Av GrL. § 113 følger det at myndighetenes «inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Utvisning er et *inngrep*. Utvisningsvedtak fattes som en reaksjon på utlendingens handlinger og gjør at utlendingen må

1534 Se Dok. 16 (2011–2012) s. 73. Her kan det være en parallell til når EMD legger til grunn at staten har overtrådt det som ser ut til å være en materielle skjønnsmargin, se punkt 7.6.

1535 Om nøytralitets- og saklighetskrav i forvaltningen og forholdsmessighet, se Graver (2019) kapittel åtte og ni.

1536 Se Mæhle (2005) s. 20, som slår fast at som et utgangspunkt kan det sies at noe innehar legitimitet dersom det «kan rettferdigjøres» eller «er rettferdiggjort».

1537 Mæhle (2005) s. 20–21.

1538 Mæhle (2005) s. 20–21.

forlate landet og ikke kan reise inn i det på nytt, enten for en periode eller for alltid. Vedtaket griper inn i faktiske og som oftest også rettslige forhold.

En sak om opphold på humanitært grunnlag kan skille seg fra en utvisnings-sak, men det trenger ikke være store forskjeller i hvordan individet rammes. I saker om opphold på humanitært grunnlag befinner utlendingen seg i de fleste tilfellene allerede i Norge. Vedtaket griper dermed inn i faktiske forhold og kan gripe inn i etablerte rettsforhold. Vedtaket får videre rettsvirkninger overfor den det retter seg mot. Utlendingen er forpliktet til å forlate Norge, og det kan etter nærmere vilkår benyttes tvangsmidler, herunder frihetsberøvelse «for å sikre iverksettingen av» vedtaket, jf. utlendl. §§ 99 annet ledd og 106.¹⁵³⁹ Selv om det ikke følger med et innreiseforbud ved et avslag på opphold, kan det ha stor betydning for utlendingen og eventuelt hans eller hennes familie.¹⁵⁴⁰ Menneskerettsutvalget la til grunn at for at det skal foreligge et inngrep, «må det foreligge kvalifiserte forhold som rammer den enkelte, for eksempel avslag på søknad om å reise bygninger på egen eiendom, pålegg om hvilken skole barnet skal gå på [...]».¹⁵⁴¹ Et avslag på opphold må sies å være et kvalifisert forhold som rammer den enkelte, og det vil ofte virke mer inngripende for den vedtaket rettet seg mot, enn de eksemplene som her er trukket frem. Både en utvisning og et avslag på opphold utgjør følgelig et inngrep.

En lovhjemmel er ikke videre problematisk for de sakene som her behandles. Det kan imidlertid ikke kun gjelde et formelt krav. Barnets bestes karakter av å være et grunnleggende prinsipp og rettighetens ordlyd gir *normative og materielle føringer* på rettsanvendelsen og retten.¹⁵⁴² Skal statens interesser gå foran barnets i enkelt saker, må de derfor oppfylle materielle krav, og for at de verdiane prinsippet hviler på, skal ivaretas, må det å vektlegge statens interesser kunne begrunnes normativt.¹⁵⁴³ Slik jeg ser det, er noe av det som skiller disse to ulike typene legitimitet, at de i noen grad opererer på ulike nivåer av retten. Når jeg her skal drøfte hvordan avveiningen må gjøres i saker om opphold på humanitært grunnlag og

1539 For barn gjelder det særlige regler for frihetsberøvelse, se utlendl. § 106 c.

1540 Se denne bokens kapittel 3, punkt 3.6.

1541 Dok. 16 (2011–2012) s. 247.

1542 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.3.4. Materiell legitimitet kan forstås som innholdsmessige krav til rettsreglene, mens normativ legitimitet «dreier seg om å rettferdiggjøre retten på moralsk eller annet verdimesig grunnlag», Mæhle (2005) s. 21.

1543 En mulig måte å drøfte den normative legitimiteten til å gi statens interesser prioritet på bekostning av barnets interesser på er ved å ta utgangspunkt i moralfilosofiske grunner for å prioritere flertallsinteresser på bekostning av enkeltindivider. Se Finnis' interessante drøfting av «common good», i John Finnis, *Natural Law & Natural Rights*, 2. utgave, New York 2011 s. 154–156 og 210–218.

utvisning, befinner jeg meg hovedsakelig på overflatenivået, og det er da den materielle legitimiteten som er mest interessant.

Å sikre materiell legitimitet i myndighetsutøvelsen kan gjøres gjennom rimelighetsvurderinger, interesseavveininger, proporsjonalitetsvurderinger og forbud mot vilkårlighet. Det er ingen skarp avgrensing mellom de ulike typene vurderinger. De inneholder mange av de samme komponentene.¹⁵⁴⁴ I de følgende punktene drøftes hvilke krav som må stilles til statens interesser for at disse skal ha materiell legitimitet. Dermed drøftes det hva som skal til for at disse kan vektlegges, og etter en nærmere vektning og avveining i enkeltsaker i noen tilfeller kunne gå foran hva som tjener barnets interesser best.

7.3 DE ULIKE KRAVENE TIL STATENS INTERESSER

7.3.1 Legitime interesser

I dette punktet drøfter jeg *hvilke* interesser som er legitime å vektlegge i en avveining mot barns interesser, i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Både forvaltningsretten og menneskerettighetene gir nærmere føringer av betydning for temaet.

Når myndighetene benytter sin kompetanse til å avslå eller innvilge opphold, eller til å utvise, har de kun kompetanse til å vektlegge *saklige* hensyn, altså søke å ivareta interesser som er relevante i saken.¹⁵⁴⁵ Hva som er saklig, avgjøres hovedsakelig ved en tolkning av hjemmelsloven, her utlendingsloven.

Formålet med bestemmelsene i utlendingsloven er å gi grunnlag for en regulert og kontrollert innvandring, i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser, jf. utlendl. § 1. De innvandringsregulerende hensynene utlendingsmyndighetene kan vektlegge etter utlendl. § 38 fjerde ledd bokstav a til d, er «mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag», «de samfunnsmessige konsekvensene», «hensynet til kontroll» og «hensynet til respekten for lovens øvrige regler». Som begrepet «innvandringsregulerende hensyn» i bestemmelsen viser, er dette presiseringer av hensyn som skal ivareta statens interesser i å regulere, og da hovedsakelig begrense innvandringen.¹⁵⁴⁶ I tillegg

1544 Dette illustreres av EMDs praksis, hvor det legges til grunn at unnløtelser av å sikre rettigheten eller å gjøre inngrep i dem ikke kan være vilkårlig, at inngrep må være proporsjonale, og at det avgjørende blir om det foreligger en rimelig balanse mellom de konkurrerende interessene.

1545 Graver (2019) s. 119 flg. og Erik Boe, «Hvor fritt er det frie forvaltningsskjønnet?», *Jussens Venner*, 1981 s. 37–57 (45–47).

1546 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.4.3.2.

skal de ivareta effektivitetshensyn og statens interesse i å kontrollere innvandringen.¹⁵⁴⁷ Utvisningsgrunnlagenes karakter i utlendl. § 66 første ledd bokstav a viser at behovet for kontroll og respekt for lovens øvrige regler også her er sentralt. De øvrige utvisningsgrunnlagene som behandles i denne boken, er av strafferettslig karakter og skal særlig ivareta allmenn- og individualprevensjon og rettferdighet.¹⁵⁴⁸ I tillegg har disse også en side til statens interesse i å regulere og kontrollere hvem som får oppholde seg i Norge. Interessene myndighetene kan søke å ivareta gjennom utlendl. § 38 og utvisningsbestemmelsene, er altså saklige. Spørsmålet blir dermed om de er legitime interesser etter de menneskerettslige kravene.

Ordlyden i BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 annet ledd gir ikke uttrykkelige føringer på hvilke interesser som er legitime å vektlegge i en avveining mot barnets interesser. I den foreslåtte begrensningshjemmelen til grunnlovsrettighetene var den vide kategorien «for å ivareta allmenne interesser» angitt.¹⁵⁴⁹ Flere rettigheter i BK og EMK inneholder oppramsinger av nokså vidtrekkende legitime statlige interesser.¹⁵⁵⁰ Av EMK art. 8 nr. 2 følger det at staten kan vektlegge «interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals». Regulering og kontroll av innvandring kan kategoriseres under offentlig trygghet, orden, økonomisk velferd og for å forebygge uorden eller kriminalitet.¹⁵⁵¹ Menneskerettsdomstolen har «on many occasions, accepted that *immigration control, which serves the general interests of the economic well-being of the country, pursued a legitimate aim*» (min utheving).¹⁵⁵² Utvisning begrunnet i brudd på straffelovgivningen anses å være i tråd med formålet om å forebygge «disorder or crime» i EMK art. 8 nr. 2.¹⁵⁵³

1547 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.4.3.2.

1548 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.5.1.

1549 Dok. 16. (2011–2012) s. 74. Det nye forslaget er videre og inneholder ingen formålsangivelse, Dok. 12:8 (2015–2016).

1550 For eksempel følger det av BK art. 13 nr. 2 bokstav (b) at en begrensning av yringsfriheten kan gjøres for «the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals». Lignende angivelser av interesser finnes i BK art. 14 nr. 3 og 15 nr. 2, men i art. 14 benyttes betegnelsen «order» istedenfor «public order». Retten til familie- og privatliv i BK art. 16 angir ikke hvilke formål som er legitime eller ikke vil være vilkårlige å vektlegge. I menneskeretts charteret art. 29 nr. 2 følger det at begrensninger i noens rettigheter eller friheter kan gjøres «solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society» (min utheving). I EUs charter art. 52 nr. 1 benyttes formuleringen «objectives of general interest recognised by the Union».

1551 Nasjonal sikkerhet behandles ikke i denne boken.

1552 Biao mot Danmark avsnitt 117.

1553 Boutlif mot Sveits avsnitt 44–45, Maslov mot Østerrike avsnitt 67 og Udeh mot Sveits avsnitt 42.

Ved avslag på opphold har ikke domstolen stilt like strenge krav til formålet avslaget er forankret i, som ved utvisning.¹⁵⁵⁴ Det må istedenfor foretas en helhetlig vurdering og avveining.¹⁵⁵⁵ Ettersom grensen mellom de positive og negative forpliktelsene ikke er klare og det også ved positive forpliktelser må foretas en avveining av de ulike interessene, har det likevel betydning hvilke formål avslaget er begrunnet i. Utgangspunktet er at de interessene som søkes ivaretatt i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, er legitime etter EMK art. 8 nr. 2. Hvorvidt interessene er legitime etter BK art. 3, krever en nærmere vurdering.

Selv om barnekomiteen har åpnet for at barnets beste kan avveies mot statens interesser, er det uttalelser som tyder på at ikke alle interesser anses å være legitime.¹⁵⁵⁶ Komiteen har i kommentaren om enslige barn utenfor sitt opprinnelsesland uttalt at «[n]on-rights-based arguments such as those relating to general migration control, cannot override best interests considerations».¹⁵⁵⁷ I en nyere kommentar om barns rettigheter ved internasjonal migrasjon blir det på lignende vis uttalt at «[c]onsiderations such as those relating to general migration control cannot override best-interests considerations».¹⁵⁵⁸ Spørsmålet blir om disse uttalelsene innebærer at generelle innvandringsregulerende hensyn ikke kan gå foran barnets interesser, og følgelig ikke er legitime i en avveining.

Formuleringen «best-interests considerations» er ikke entydig. Fordi det først etter at det er klart hva som er til barnets beste, er aktuelt å foreta en avveining mot andre interesser, som innvandringsregulerende hensyn, må det være denne avveiningen komiteen sikter til. I den førstnevnte uttalelsen, som altså retter seg mot enslige barn, gir altså komiteen uttrykk for at argumenter som *ikke er rettighetsbaserte*, herunder argumenter knyttet til innvandringskontroll, ikke kan gå foran hva som er i *enslige* barns beste interesser. Altså at det kun er andres rettigheter som er relevante i avveiningen, i denne konteksten. Når barn er *enslige*, er de normalt i en meget sårbar situasjon.¹⁵⁵⁹ Det gir en generell presumsjon for at barnets interesser er så tungtveiende at innvandringsregulerende hensyn ikke kan gå foran. Dette gjelder en avgrenset gruppe barn, hvor hva som er i deres interesser, må gis svært stor vekt, uavhengig av om det er til barnets beste med en retur eller å bli i Norge.

1554 Se for eksempel *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 104. Se også Kjølbros (2020) s. 887.

1555 Se for eksempel *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 104–105.

1556 Om utgangspunktet, se General Comment nr. 14 avsnitt 39 og General Comment nr. 3/22 avsnitt 28.

1557 General Comment nr. 6 avsnitt 86.

1558 General Comment nr. 3/22 avsnitt 33.

1559 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.11.3.

I Rt. 2009 s. 1261 forsto et flertall barnekomiteens uttalelse om enslige barn slik at «innvandringspolitiske hensyn ikke skal kunne gå foran barnets beste i situasjoner der barnet i utgangspunktet er i en situasjon som ikke tilsier retur». ¹⁵⁶⁰ Det ble tilføyd at det «er derimot ikke grunnlag for å forstå anbefalingen slik at innvandringspolitiske hensyn aldri kan tas i betraktning ved vurdering av søknad om oppholdstillatelse fra enslige mindreårige asylsøkere». ¹⁵⁶¹ I denne sammenheng trekkes det frem at det spesielt må gjelde hensyn som ikke er helt generelle. ¹⁵⁶² Helt generelle hensyn, som ikke gjør seg gjeldende i den konkrete saken, er imidlertid sjelden særlig tungtveiende, i den grad de er relevante. ¹⁵⁶³ Ved utvisning kommer det klart frem gjennom utvisningsgrunnlagene at utlendingen må ha handlet på en måte som aktualiserer disse. Det er også en forutsetning for flere av de innvandringsregulerende hensynene som fremgår av § 38, at utlendingen må ha handlet på en måte som gjør at de er relevante i den konkrete saken. ¹⁵⁶⁴

Annenvoterende i 2009-dommen kom til at innvandringsregulerende hensyn ikke kan begrunne en retur av et enslig barn, med mindre retur er i barnets beste interesser. ¹⁵⁶⁵ I plenumsdom I var et spørsmål om uttalelsen i General Comment nr. 6 var relevant også for barn som er i følge med sine foreldre. ¹⁵⁶⁶ Det ble ikke tatt direkte stilling til innholdet i uttalelsen, men førstvoterende, som tilhørte flertallet, la til grunn at enslige barn er «i en særlig sårbar situasjon som er vesensforskjellig fra tilfeller hvor barnet er sammen med sine foreldre». ¹⁵⁶⁷ At kommentaren må legges til grunn i saker med enslige barn, ser ut til å aksepteres. ¹⁵⁶⁸ Som annenvoterende i 2009-dommen viste til, har det liten praktisk betydning at slike hensyn ikke kan gå foran barnets beste. Retur til familie vil ofte være til barnets beste. ¹⁵⁶⁹ Hvis barnet ikke kan sikres forsvarlig omsorg ved retur, kan det ikke returneres. ¹⁵⁷⁰ Anses ikke innvandringsregulerende hensyn som legitime i en avveining mot enslige barns beste, innskrenkes følgelig statens mulighet til å ivareta sine interesser kun i to saker. Dette er saker hvor det ikke er til barnets beste å returneres til sin familie, og saker hvor barnet kunne fått forsvarlig omsorg ved

1560 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 62.

1561 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 62.

1562 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 62.

1563 Se dette kapittelets punkt 7.3.4 og 7.5.

1564 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 421 og dette kapittelets punkt 7.5.

1565 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 96.

1566 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 137 (flertallet).

1567 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 137.

1568 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 138.

1569 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 96.

1570 Se kapittel seks punkt 611.3.3.

retur, men det av andre grunner ikke er til dets beste å returneres. I slike saker har barnet ofte tungtveiende interesser i å få bli, som for eksempel behovet for en tilfredsstillende levestandard, beskyttelse mot vold eller helsehjelp. Innvandringsregulerende hensyn ville derfor sjelden vært tungtveiende nok til å gå foran barnets interesser uansett. Et ytterligere argument for at det har liten praktisk betydning, er at antallet enslige barn som søker opphold i Norge, ikke har vært særlig høyt den siste tiden.¹⁵⁷¹

Ettersom enslige barn er meget sårbare og deres interesser derfor er tungtveiende, må det være en presumsjon for at innvandringsregulerende hensyn ikke kan være tungtveiende nok til å gå foran barnets interesser. Slike hensyn er følgelig ikke relevante i en avveining mot enslige barns beste.

Den andre uttalelsen nevnt ovenfor har et videre anvendelsesområde og retter seg mot barn i migrasjonssaker generelt. Det slås uten videre fast at argumenter, «such as those relating to general migration control», ikke kan gå foran barnets beste.¹⁵⁷² Når det står «such as», ser det ikke ut til å være en uttømmende angivelse av hva som ikke kan gå foran hva som best tjener barnets interesser, som gis. Det klargjøres imidlertid ikke hvilke andre hensyn som ikke kan gå foran. At de motstridende interessene må være knyttet til andres rettigheter, nevnes ikke. Spørsmål blir om innvandringsregulerende hensyn ikke er legitime i migrasjonssaker som berører barn, uavhengig av hvor lite tungtveiende barnets interesser er.

Uttalelsen ser ut til å kun rette seg mot situasjoner hvor det er *spørsmål om å returnere et barn*.¹⁵⁷³ Det kan anføres gode grunner for å ikke vektlegge innvandringsregulerende hensyn i en avgjørelse om et barn skal få bli i et land eller sendes ut. I saker om opphold på humanitært grunnlag er det ofte foreldrenes valg, handlinger eller unnlatelser som aktualiserer de ulike interessene som må avveies mot hva som er i barnets beste interesser. Det samme gjelder også i utvisningssaker. Foreldrene kan for eksempel aktivt ha motarbeidet en avklaring av egen identitet etter ankomst til landet, begått straffbare handlinger, oppholdt seg ulovlig eller oversittet utreisefristen.¹⁵⁷⁴ I tillegg kan det være barnet som blir hardest rammet hvis disse handlingene vektlegges. En av grunnene til at barnet blir påført byrden, er for å forhindre at andre, ofte voksne, bryter reglene, altså for å fremme respekt for lovens øvrige bestemmelser, slik det er nevnt i utlendl. § 38 fjerde ledd. I noen saker rammes imidlertid barnet ikke videre hardt. Det kan for eksempel være til det beste for barnet å vokse opp i Norge med sin familie, men uten at det har veldig

1571 Se kapittel tre punkt 3.8.

1572 General Comment nr. 3/22 avsnitt 33.

1573 Se første og andre setning i avsnitt 33 i General Comment nr. 3/22.

1574 Slik det er nevnt i utlendingsforskriftens § 8-5 tredje og fjerde ledd.

sterke interesser i det. Samtidig kan stater i perioder ha et pressende behov for å regulere innvandringen. Hvis det kommer mange familier og andre som har behov for beskyttelse eller andre tungtveiende grunner til å få bli, kan det være behov for å prioritere. Å vektlegge innvandringsregulerende hensyn kan være en måte å gjøre det på.

Hvis innvandringsregulerende hensyn aldri kan gå foran barnets beste, kan det ha vidtrekkende konsekvenser for stater som allerede har store utfordringer. Barnekomiteen har tidligere nevnt at hva som er til et barns beste, kan komme i konflikt med interesser eller rettigheter til «other children, the public, parents, etc».¹⁵⁷⁵ Formuleringen «the public» er videre enn «general migration control» og kan omfatte hensyn knyttet til økonomi, ressurser og allmenn- og individualprevensjon. De samme innvendingene mot å vektlegge innvandringsregulerende hensyn kan rettes mot allmennprevensjon. Komiteen ser imidlertid ikke ut til å utelukke at allmennprevensjon kan vektlegges ved utvisning av foreldre som har begått brudd på straffelovgivningen.¹⁵⁷⁶ Noe annet er at enkelte innvandringsregulerende hensyn vil veie svært lite i en avveining og dermed sjelden kan gå foran barnets beste.¹⁵⁷⁷ Dette kommer jeg tilbake til i punktene under.

Ettersom behovet for og vekten av interessene varierer fra sak til sak, er en bedre løsning enn generelt å avskjære bestemte interesser å stille krav til at de er egnet til å ivareta statens interesser, og at de er nødvendige å vektlegge i den konkrete saken. Både etter praksis knyttet til EMK art. 8 og ved forholdsmessighetsvurderinger generelt gjelder det slike krav i tillegg til det generelle kravet om legitimitet.¹⁵⁷⁸ I tillegg er det en grense for hvor langt foreldres eller andre voksnes handlinger kan innvirke på barns rettigheter og interesser. Disse kravene og grensene behandles nedenfor. Slike krav og begrensninger bidrar til at statens interesser ikke griper inn i kjernen av barnets beste.

Oppsummert kan det altså ikke utelukkes at innvandringsregulerende hensyn kan være legitime å vektlegge generelt. Når barnet er enslig, kan imidlertid ikke statenes interesser begrunne en utsending. Det innebærer likevel ikke at barnet alltid må å få bli i Norge. Det kan være at det er til barnets beste å returnere til sine foreldre.

1575 General Comment nr. 14 avsnitt 39.

1576 Barnekomiteen har vært inne på utvisning av foreldre etter brudd på straffelovgivning og ser ut til å forutsette at det i denne sammenheng kan legges avgjørende vekt på andre interesser enn barnets, General Comment nr. 4/23 avsnitt 29.

1577 Dette ser det ut til at komiteene er inne på i General Comment nr. 4/23 avsnitt 29 første setning.

1578 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.5.6.2, Buck mot Tyskland avsnitt 44–45 og HR-2018-104-A avsnitt 23.

7.3.2 Ikke-diskriminerende

Diskriminering er forbudt etter BK art. 2 nr. 1.¹⁵⁷⁹ Spørsmålet jeg behandler her, er hvorvidt ikke-diskrimineringsretten innvirker på hva som er legitime interesser i en avveining, mot hva som best tjener barnets interesser.

En funksjon Abramson tillegger ikke-diskrimineringsretten i BK art. 2, er som «A Trump to Politics».¹⁵⁸⁰ Abramson påpeker at menneskerettighetene er sårbare for politiske prosesser.¹⁵⁸¹ Dette skyldes særlig at nesten alle menneskerettigheter «require the State to strike a balance between competing interests, and this is always a political judgement».¹⁵⁸² Barnets beste, som åpner for en avveining mellom individets og statens interesser, er absolutt sårbar for politiske prosesser. Denne sårbarheten er tydelig i saker om opphold på humanitært grunnlag.¹⁵⁸³ Abramson utdyper videre at uten «some kind of non-discrimination clause, law-makers would be free to use race, sex, etc. discrimination as a tool for governing society».¹⁵⁸⁴ I norsk forvaltningsrett gjelder et forbud mot usaklig forskjellsbehandling, som kan ivareta ikke-diskrimineringsretten i enkeltsaker.¹⁵⁸⁵

Forbudet mot diskriminering gjelder ikke bare for lovgiver, men også for forvaltningen. Staten, herunder forvaltningen, kan ikke diskriminere barn, «on the grounds of their race, sex, religion, etc. as a means for attaining political objectives, if the differential treatment will impair a right-holder`s enjoyment of a sectoral right».¹⁵⁸⁶ Som det følger av ordlyden i BK art. 2 nr. 1, kan staten heller ikke basere sine interesser på foreldrenes etnisitet, statsborgerskap eller andre diskrimineringsgrunnlag.

Utlendingsretten, herunder reglene om opphold og utvisning, er basert på et skille mellom mennesker ut fra statsborgerskap, hvorav skillet mellom norske statsborgere og andre er det mest sentrale. Etter BK art. 2 nr. 1 er «national, ethnic or social origin» diskrimineringsgrunnlag. Dette kan skape problemer. Spørsmålet blir hvilke interesser staten kan vektlegge i saker om opphold på humanitært grunnlag, uten å komme i konflikt med ikke-diskrimineringsretten.

1579 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.2.

1580 Abramson (2008) s. 33 flg.

1581 Abramson (2008) s. 33.

1582 Abramson (2008) s. 33. Se også s. 36–37, hvor Abramson utdyper svakheten ved rettigheter som åpner for en interesseavveining.

1583 Se denne bokens kapittel 1 punkt 1.2 og kapittel 3 punkt 3.3.

1584 Abramson (2008) s. 33, avsnitt 68.

1585 Se Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave, Bergen 2010 s. 98, Eckhoff og Smith (2018) s. 404–407 og Graver (2019) s. 119 flg.

1586 Abramson (2008) s. 38–39.

At regulering av innvandring kan komme i konflikt med ikke-diskrimineringsretten, illustreres av EMDs storkammerdom Biao mot Danmark. Det sentrale spørsmålet var om en bestemmelse som snevret inn adgangen til familiegjenforening for personer som fikk dansk statsborgerskap senere enn ved fødsel, var i strid med EMK art. 14 sammenholdt med art. 8. EMD baserer i stor grad sine vurderinger på en saklighets- og forholdsmessighetsvurdering.¹⁵⁸⁷ Det som er mest interessant med dommen for temaet her, er EMDs vurdering av formålet/interessene staten hevdet å forfølge.¹⁵⁸⁸ Om «[t]he legitimacy of the aim pursued» uttalte EMD at «immigration control measures, which may be found to be compatible with Article 8 § 2, including with the legitimate aim requirement, may nevertheless amount to unjustified discrimination in breach of Article 14 read in conjunction with Article 8».¹⁵⁸⁹ Etter å ha slått fast at bestemmelsen innebar en indirekte diskriminering, ble vurderingen om staten hadde «compelling or very weighty reasons unrelated to ethnic origin for the difference in treatment».¹⁵⁹⁰ Domstolen vurderte lovens begrunnelsen nøye og kom til at den var «based on rather speculative arguments».¹⁵⁹¹ Videre trakk EMD frem at lovbestemmelsen ikke egnet å fange opp utlendingens reelle og sterke tilknytning til riket. Det var flere dissenser i dommen, men resultatet ble at art. 14 i sammenheng med art. 8 var krenket. Selv om staten ikke uttrykkelig hadde basert loven på etnisk opprinnelse, forelå det diskriminering.

Dommen viser hvordan ikke-diskrimineringsretten kan innvirke på hvilke interesser staten kan forfølge. Staten kan ikke basere lovbestemmelser eller vedtak på interesser som i realiteten er basert på antagelser om enkelte grupper mennesker ut fra nasjonalitet, etnisitet eller andre diskrimineringsgrunnlag. Staten kan for eksempel ikke basere sine interesser på barnets eller foreldrenes nasjonalitet i en avveining mot barnets beste. Det vil svekke barnets mulighet til å få sine rettighetsbaserte interesser ivaretatt. At myndighetene ikke kan begrunne inngrep eller unnløtelser av å sikre rettigheter i noen av diskrimineringsgrunnlagene, innebærer, som Abramson skriver, at «the state must make distinction only according to personal merit, or other-non arbitrary criteria».¹⁵⁹² Staten kan vektlegge kon-

1587 Abramson har rettet sterk kritikk mot EMDs tolkning av ikke-diskrimineringsretten i EMK og mener domstolen i praksis har utslettet rettigheten og erstattet den med «the resonableness test», som han omtaler som «the lowest standard known to modern-day law», Abramson (2008) s. 56.

1588 Biao mot Danmark avsnitt 115–137.

1589 Biao mot Danmark avsnitt 118.

1590 Biao mot Danmark avsnitt 121.

1591 Biao mot Danmark avsnitt 125.

1592 Abramson (2008) s. 21, avsnitt 41.

krete forhold. Slike forhold kan for eksempel være at barnet kommer fra et land hvor levestandarden er grei, at tilknytningen til Norge er svak, eller at det er begått lovbrudd. I tillegg kan staten vektlegge generelle interesser, slik som et behov for å begrense innvandringen av økonomiske grunner og med det et behov for å prioritere dem som kommer fra land med uro og lav levestandard. Indirekte kan følgelig nasjonalitet ha betydning, så lenge det ikke er det staten baserer sine interesser på.

Som nevnt i kapittel seks er positiv forskjellsbehandling lov og kan være påkrevd.¹⁵⁹³ Å basere en oppholdstillatelse på risiko for å bli utsatt for diskriminering på grunn av etnisk tilhørighet er for eksempel lov. Å innvilge opphold kan også være påkrevd i slike saker.

Ikke-diskrimineringsretten innvirker altså på hvilke interesser som kan vektlegges i avveiningen. Interesser som innebærer diskriminering, er ikke legitime og kan følgelig ikke vektlegges i avveiningen mellom barnets og statens interesser.¹⁵⁹⁴

7.3.3 Egnen til å ivareta statens interesser

Som nevnt i kapittel fire må et *inngrep* være egnet til å ivareta de interessene det legitimeres i.¹⁵⁹⁵ Egnethetskravet henger sammen med nødvendighetskravet, som gjelder ved inngrep i blant annet EMK art. 8.¹⁵⁹⁶ Hvis en utvisning skal anses nødvendig for å ivareta statens interesser, må den være egnet til å ivareta nettopp disse interessene.¹⁵⁹⁷ I en forvaltningsrettslig kontekst har Graver trukket frem egnethetskravet som en del av kravet om forholdsmessighet ved inngrep.¹⁵⁹⁸ Det er fornuftig. Et inngrep kan neppe være forholdsmessig hvis det ikke er egnet til å ivareta

1593 Denne bokens kapittel 5 punkt 5.2.2.3.

1594 Ikke-diskrimineringsretten er nevnt i forarbeidene til utlendl. § 38. Departementet har uttalt at i vurderingen av om det å innvilge opphold kan ha betydning for terskelen for opphold og avslag, «skal det [...] anlegges et ikke-diskrimineringsprinsipp», og at om «en tillatelse skal innvilges på grunn av sterke menneskelige hensyn skal ikke bero på søkerens nasjonalitet eller etniske opphav som sådan», Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154.

1595 Se kapittel tre punkt 3.5.6.2. Se også EUs charter art. 52 nr. 1, hvor det følger at «limitations may be made only if they are *necessary and genuinely meet* objectives of general interest recognised by the Union [...]» (min utheving), og i forslaget til begrensningshjemmel for grunnlovsbestemmelsen fra 2014 var det tatt med et nødvendighetskrav. Også i BK art. 13 nr. 2, 14 nr. 3 og 15. nr. 2 følger det krav om nødvendighet. Se videre Høyesteretts redegjørelse i HR-2018-104-A avsnitt 23.

1596 Nødvendighetskravet behandles i neste punkt.

1597 EMDs plenumsdom 26. november 1991 *Observer og Guardian mot Storbritannia* er illustrerende for sammenhengen mellom egnethet og nødvendighet. Se særlig dommens avsnitt 66–70. Se også Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Bergen 2018 s. 154.

1598 Graver (2019) s. 137.

statens interesser. Bernt har lagt til grunn at kravet om egnethet kan «ses som en presisering eller mulig utvidelse av kravet om at forvaltningsskjønnet skal være basert på et ønske om å ivareta den typen formål vedkommende lov [...] er utformet med sikte på å ivareta».¹⁵⁹⁹

Ved utvisning gjelder det et lovfestet krav om forholdsmessighet, jf. § 70, og følgelig et egnethetskrav. Noe lovfestet forholdsmessighetskrav gjelder ikke etter utlendl. § 38, selv om det må foretas en avveining etter bestemmelsen. Spørsmålet blir om det gjelder et egnethetskrav ved avslag på opphold på humanitært grunnlag, slik at det i en avveining mellom barnets interesser og statens må være et krav om at de interessene staten søker å ivareta, kan ivaretas av avslaget.

Om det må gjelde et egnethetskrav generelt i saker etter § 38, er det ikke nødvendig å ta stilling til her. At hva som best tjener barnets interesser, skal være «a primary consideration»/«et grunnleggende hensyn», innebærer at hvis andre interesser skal kunne gå foran, må de være av grunnleggende karakter. I grunnleggende ligger det at interessene må være viktige i den konkrete saken. Interesser som avgjørelsen er uegnet til å ivareta, kan ikke samtidig være viktige. Å behandle barnets beste som grunnleggende forutsetter derfor at barnets interesser kun avveies mot interesser som kan ivaretas i den aktuelle saken. En avveining hvor barns behov befinner seg på den ene siden, mens det på den andre siden er helt generelle interesser som ikke kan ivaretas gjennom avgjørelsen, selv om de er aldri så viktige, vil være vilkårlig. Også i saker om opphold på humanitært grunnlag må interessene som vektlegges, kunne ivaretas gjennom avgjørelsen. I de følgende avsnittene behandler jeg egnethetskravet noe nærmere.

Graver skriver at egnethetsvurderingen vil i «første rekke være av faktisk, faglig karakter og ha sammenheng med situasjoner der forvaltningen skal realisere bestemte mål».¹⁶⁰⁰ Samtidig legger han til at vurderingen også kan «komme inn der det er verdier som skal beskyttes, snarere enn formål som skal realiseres».¹⁶⁰¹ Både ved utvisning og ved opphold på humanitært grunnlag søker forvaltningen å kontrollere og regulere, herunder begrense innvandringen og hvem som får oppholde seg i riket, jf. utlendl. § 1. Vurderingen av om et avslag på opphold eller en utvisning er egnet til å ivareta statens interesser, vil altså ofte være av innvandringspolitisk karakter og ikke nødvendigvis av faglig karakter. Selv med det politiske elementet er egnethetskravet et materielt krav til statens myndighetsutøvelse, men det politiske elementet kan innvirke på domstolenes prøvingsintensitet.¹⁶⁰²

1599 Bernt (2015) s. 37.

1600 Graver (2019) s. 137.

1601 Graver (2019) s. 137.

1602 Se denne bokens kapittel 8.

Vedtak kan virke på ulike måter, hvor noen er lettere å bedømme egenhetene av, enn andre. I den konkrete saken er det klart at vedtaket er egnet til å ivareta formålet om å begrense hvor mange, og eventuelt hvem som får bosette seg her. De som får avslag eller blir utvist, må forlate landet. Er formålet å ivareta økonomi eller ressurs hensyn, er det nok heller ikke så vanskelig å vurdere egnetheten. Å gi færre oppholdstillatelse vil for eksempel kunne spare staten for eventuelle kostnader med bosetning o.l. Her kan imidlertid nødvendighetskravet som behandles i neste punkt, være av betydning. Mange av de interessene som søkes ivaretatt med avslag på opphold og vedtak om utvisning, er av en litt annen karakter. At vedtaket skal bidra til å styre andres atferd, ser ut til å ligge i kjernen av de fleste av de innvandringsregulerende hensynene nevnt i § 38 fjerde ledd.¹⁶⁰³ Å påvirke andres atferd er også målet med utvisning etter straffelovbrudd. Utvisningen skal virke preventivt.¹⁶⁰⁴

I hvor stor grad vedtak er egnet til å sende signaler til andre enn de som vedtaket retter seg mot, eller som det ellers direkte gjelder, kan være vanskelig å måle. Det er ikke sikkert at noen som kommer fra land med lav levestandard eller krig og uroligheter, lar seg påvirke i større grad av om andre får avslag. Det kan være at de anser å ha lite å tape på å forsøke å få opphold eller å bli i landet. Dette selv om de i så fall opptrer i strid med utlendingslovens bestemmelser, for eksempel ved å unnlate å bidra til å avklare egen identitet eller å oversitte utreisefristen. Risikerer utlendingen å måtte forlate landet hvis identiteten blir klarlagt, er ikke trusselen om å få avslag på opphold for å ikke bidra til dette, nødvendigvis effektiv. Derfor er det positivt at verken å unnlate å avklare egen identitet eller å oversitte utreisefristen anses som tungtveiende innvandringsregulerende hensyn etter utlendingsforskriften.¹⁶⁰⁵

Et annet poeng er at spesielle saker, som ikke vil ha noen presedensvirkning, neppe er egnet til å sende signaler til andre. Målgruppen saken skal sende et signal til, blir i alle fall veldig snever, noe som taler for at statens interesser ikke kan være særlig tungtveiende. Det kan for eksempel være saker hvor et barn er sykt eller funksjonshemmet. I forarbeidene til utlendingsloven trekkes det imidlertid frem at ettersom de fleste land det kommer asylsøkere fra, har vesentlig dårligere helsetilbud enn i Norge, er det «nødvendig å føre en restrikt-

1603 Se også Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154 og 421 om formålet med vektlegging av de innvandringsregulerende hensynene.

1604 Se for eksempel *Üner mot Nederland* avsnitt 56 og denne bokens kapittel 3 punkt 3.5.1.

1605 Av utlendingsforskriften § 8-5 fjerde ledd følger det at «[s]om mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn etter denne bestemmelsen regnes blant annet [...] at barnets foreldre ikke har klart å sannsynliggjøre egen identitet».

tiv praksis» for når det skal gis opphold av helsemessige grunner. Om det siktes til at det her må sendes et signal ved en streng praksis så ikke mange skal søke opphold med samme grunn, er ikke helt klart. Det som er klart, er at hvis barnet er født i Norge, vil saken ha minimalt med signaleffekt. Å få et sykt barn kan ikke planlegges.

Saken som ble behandlet i Kaplan med flere mot Norge, er derfor en sak som neppe var særlig egnet til å sende et signal. Her var datteren, som hadde alvorlig barnautisme, født etter at familien hadde vært i Norge en periode.¹⁶⁰⁶ Da saken ble behandlet av lagmannsretten, kom retten til at en utvisning av faren ville påføre barnet og hennes familien en «ekstraordinær påkjenning, som medfører at den blir uforholdsmessig».¹⁶⁰⁷ Videre mente retten at «verken allmennpreventive eller innvandringspolitiske hensyn [talte] med noen styrke mot et slikt resultat». Retten kom også inn på at den ekstraordinære situasjonen gjorde at avgjørelsen heller ikke ville være i strid med praksis i lignende saker med «lenge ventende» barn.¹⁶⁰⁸ Uttalelsene er illustrerende for hvordan spesielle saker kan medføre at de ikke er egnet til å ivareta innvandringsregulerende hensyn som er ment å ha en signal-funksjon. Til tross for sakens karakter kom Høyesterett til at en utvisning ville være forholdsmessig. Menneskerettsdomstolen kom imidlertid til at det forelå krenkelse av EMK art. 8.

På grunn av karakteren til statens interesser kan det være vanskelig å bedømme om en sak er helt uegnet til å ivareta disse. Virker saken mindre egnet til å ivareta statens interesser, kan det imidlertid påvirke vekten av disse.¹⁶⁰⁹

7.3.4 Nødvendig for å ivareta statens interesser

Et inngrep må være nødvendig for å ivareta de legitime interessene det er basert på.¹⁶¹⁰ I dette punktet behandler jeg hvorvidt det gjelder et nødvendighetskrav i avveiningen mellom statens og barnets interesser i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.

Enkelte konvensjonsbestemmelser angir uttrykkelig et nødvendighetskrav.¹⁶¹¹ Ved utvisning av utlendinger med oppholdstillatelse har EMD stilt opp et krav om at inngrepet må være «necessary in a democratic society», i tråd med ordlyden i

1606 Kaplan med flere mot Norge avsnitt 14–16.

1607 LB-2009-102660.

1608 LB-2009-102660.

1609 Se punkt 7.5.

1610 Se kapittel tre punkt 3.5.6.2.

1611 Se for eksempel EMK art. 8 nr. 2, EUs charter art. 52 nr. 1, BK art. 13 nr. 2, 14 nr. 3 og 1. nr. 2.

EMK art. 8 nr. 2.¹⁶¹² Kravet gjelder også ved utvisning av en utlending uten oppholdstillatelse.¹⁶¹³ Interesser som gjør seg gjeldende i de to typene utvisningssaker, kan være ulike, og dermed kan nødvendighetsvurderingen bli ulik. Ettersom karakteren og alvorlighetsgraden av straffelovbruddene og bruddene på utlendingsloven kan variere fra sak til sak, kan nødvendighetsvurderingen også bli ulik innenfor samme type utvisningssaker. Hvorvidt staten har en positiv forpliktelse til å *innvilge opphold* etter EMK art. 8, må vurderes ut fra om staten har «struck a fair balance between the applicants' interests on the one hand and its own interest in controlling immigration on the other».¹⁶¹⁴ Selv om en rettferdig balansering av interessene også er sentral i saker som gjelder statens negative forpliktelser, blir ikke vurderingen helt lik.¹⁶¹⁵ Dette fordi den faktiske og rettslige situasjonen til en «settled migrant» normalt er ganske ulik situasjonen til en som ikke faller inn under kriteriet.¹⁶¹⁶

Klagerne i *Butt mot Norge* ble ikke ansett som «settled migrants», ettersom de kun hadde hatt lovlig opphold i en mindre periode av deres totale tid i Norge.¹⁶¹⁷ EMD uttalte likevel at «in view of the unusually long duration of the applicants' unlawful stay in Norway, it was questionable whether general immigration policy considerations would carry sufficient weight to regard the refusal of residence 'necessary in a democratic society'».¹⁶¹⁸ Uttalelsen tyder på at nødvendighetskrav gjelder også i slike saker. Antageligvis hadde det vært vanskelig å komme til noe annet, særlig siden saker om utvisning og opphold på humanitært grunnlag ofte er ganske like hverandre. Det er ingen større prinsipielle forskjeller på saker hvor det avslås å innvilge opphold, eller hvor en utlending uten oppholdstillatelse utvises. I en del saker foreligger det også både avslag på opphold og utvisningsvedtak. I tillegg følger et nødvendighetskrav implisitt av avveiningen. Det er vanskelig å komme til at avgjørelsen bygger på en *rettferdig balanse*, hvis statens interesser kan ivaretas på mildere måter.

1612 Se for eksempel *Boultif mot Sveits* avsnitt 46 flg., *Üner mot Nederland* avsnitt 57 og *Maslov mot Nederland* avsnitt 68 flg., hvor det kommer klart frem at det både er et krav om nødvendighet og et proporsjonalitetskrav / snevert forholdsmessighetskrav. Det ser likevel ut til at nødvendighetsvurderingen og den snevre forholdsmessighetsvurderingen kan flyte noe sammen, ettersom de kriteriene som er oppstilt, ser ut til å gjelde i begge vurderingene.

1613 Se *Nunez mot Norge*, hvor EMD unnlot å ta stilling til om saken gjaldt statens positive eller negative forpliktelser, og likevel tok opp nødvendigheten av å utvise, avsnitt 69 og 71. Se også *Kaplan med flere mot Norge* avsnitt 83.

1614 *Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland* avsnitt 44 og *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 105 og 106.

1615 Som uttalt en rekke ganger, herunder i *Nunez mot Norge* avsnitt 68.

1616 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 105.

1617 *Butt mot Norge* avsnitt 78.

1618 *Butt mot Norge* avsnitt 85.

Hvis EMK art. 8 kommer til anvendelse, må følgelig avslaget på opphold eller utvisningen være nødvendig for å ivareta statens interesser. Spørsmålet blir om et nødvendighetskrav må gjelde når det *kun* er barnets beste som kommer til anvendelse, altså uavhengig av retten til familie- eller privatlivs betydning i saken.

Også etter norsk forvaltningsrett gjelder et nødvendighetskrav. Som Graver skriver, kan ikke forvaltningen «bruke sine fullmakter til å gripe inn den enkeltes rettigheter og interesser i større utstrekning enn nødvendig».¹⁶¹⁹ Hvis interessene kan nås på en mindre inngripende måte, er tiltaket uforholdsmessig.¹⁶²⁰ Overført til temaet her vil et vedtak som ikke nødvendig for å ivareta statens interesser, men likevel går foran hva som er i barnets beste interesser, være uforholdsmessig overfor barnet. I et uforholdsmessig vedtak er ikke hva som er i barnets beste interesser behandlet som grunnleggende, slik BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 krever.¹⁶²¹ Konklusjonen må derfor være at også når det kun er barnets beste som kommer til anvendelse, må avgjørelsen være nødvendig for å ivareta statens legitime interesser.

Noen av interessene som skal ivaretas ved et avslag, kan være vanskelig å ivareta på mindre inngripende måter. Har staten en interesse i å regulere innvandringen ved å gi færrest mulig oppholdstillatelse ut fra for eksempel økonomi- eller ressurs-hensyn, så er det ikke lett å finne mindre inngripende måter enn ved avslag på opphold. Annerledes er det ved spørsmål om utvisning av utlendinger uten oppholdstillatelse. I noen tilfeller kan tvangsretur ivareta statens interesser. Da kan det være utlendingen kan besøke familie og venner i Norge. Hvis utvisningen er begrunnet i grove eller gjentatte brudd på bestemmelsene i utlendingsloven, kan det imidlertid være en risiko for at det vil skje igjen, og da er det ikke sikkert en tvangsretur ivaretar statens interesser.

I Nunez mot Norge går EMD inn på nødvendigheten av å kunne reagere med utvisning ved alvorlige og/eller gjentatte brudd på utlendingsloven:

If serious or repeated violations of the immigration law were to be met with impunity, it would undermine the public's respect for that law. Since an application for a residence permit would be rejected in the event of failure to meet the conditions for residence, a refusal of such an application would not in itself constitute a sanction for the provision of false information. Therefore, the possibility for the authorities to react with expulsion would constitute an important means of general deterrence against gross or repeated violations of the Immigration Act.¹⁶²²

1619 Graver (2019) s. 137.

1620 Graver (2019) s. 137.

1621 Se i lignende baner Pobjoy (2015) s. 362.

1622 Nunez mot Norge avsnitt 71. Se også Antwi med flere mot Norge avsnitt 90.

Her er vises det altså til allmennpreventive hensyn, og behovet for å kunne utvise i slike saker kobles opp mot statens behov for å kunne påvirke atferden til andre utlendinger.

Et annet spørsmål er om det er nødvendig å utvise noen som har oppholdstillatelse og har bodd i Norge i mange år, kanskje fra de var barn. Alternativet til utvisning i slike saker vil være å kun benytte straff. Strafferetten skal i utgangspunktet ivareta samme interesser som utvisning i slike saker. Hvorfor det skulle være nødvendig med ytterligere en trussel i slike tilfeller, er ikke åpenbart. Her kommer imidlertid rettferdighetsbetraktninger inn.¹⁶²³ Å vurdere nødvendigheten av å utvise for å ivareta rettferdighet er vanskelig fordi rettferdighet er en skjønnsmessig størrelse. Høyesterett har avvist at den «teoretiske muligheten for en straffereaksjon» kan få nevneverdig betydning for forholdsmessighetsvurderingen i en konkret sak.¹⁶²⁴ Domstolen har pekt på at det er en lovgiveroppgave å vurdere alternative reaksjoner.¹⁶²⁵ Ettersom også lovgiver er bundet av barnets beste, kan det etter min mening være grunn til å se nærmere på alternative reaksjoner som i mindre grad rammer barn, enn en utvisning av en for-elder gjør.

Til tross for at det i en del tilfeller kan rettes innvendinger mot nødvendigheten av å avslå opphold eller å utvise, er utgangspunktet at staten har en generell interesse i å regulere og kontrollere innvandring. For dette er utvisning og avslag på opphold ofte nødvendige virkemidler. Avslag på opphold og/eller vedtak om utvisning må imidlertid være nødvendig for å ivareta statens interesser *i den konkrete saken*. Det kan være forhold i saken som gjør at nødvendighetskravet likevel ikke er oppfylt. I Butt mot Norge uttalte EMD at «the Court cannot but note the observation made by the High Court (in 2008) that, in view of the unusually long duration of the applicants' unlawful stay in Norway, it was questionable whether general immigration policy considerations would carry sufficient weight to regard the refusal of residence 'necessary in a democratic society'». ¹⁶²⁶ Domstolen er inne på at *lang, uforklarlig passivitet* fra statens side kan tyde på at avslag på opphold / utvisning ikke er nødvendig for å ivareta statens interesser.¹⁶²⁷

¹⁶²³ Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.5.1.

¹⁶²⁴ HR-2019-2286-A avsnitt 102.

¹⁶²⁵ HR-2019-2286-A avsnitt 102.

¹⁶²⁶ Butt mot Norge avsnitt 85.

¹⁶²⁷ Se også Nunez mot Norge avsnitt 84 og Kaplan med flere mot Norge avsnitt 98, hvor det fremkommer at også i disse dommene vektla EMD at det hadde gått lang tid før utlendingsmyndighetene fattet vedtak om utvisning.

Også ved utvisning av utlendinger med oppholdstillatelse må «the time elapsed since the offence was committed and the applicant's conduct during that period», vurderes.¹⁶²⁸ Har det gått lang tid siden lovbruddet og utlendingen heller ikke har begått nye lovbrudd, tyder det på at utvisning ikke er nødvendig. Det er ikke bare statens passivitet som fanges opp av tidsmomentet, men også utlendingens etterfølgende atferd.¹⁶²⁹ Staten kan ikke hevde at tungtveiende interesser gjør det nødvendig å utvise en utlending, for så å forholde seg helt passiv over en lengre periode. Det er selvmotsigende. Hadde det vært nødvendig, skulle staten handlet raskere. Lang tid virker også inn på barnets interesser, men det fanges opp av vurderingssiden av barnets beste og vil kunne påvirke den endelige avveiningen.¹⁶³⁰

Emberland har drøftet EMDs vektlegging av lang tidsbruk fra myndighetene blir klar over lovbruddene, og til utvisningsvedtak blir truffet.¹⁶³¹ Han mener tidsbruken er et tegn på at myndighetene er imøtekommende og viser humanitet.¹⁶³² Om det er humant å la barn leve i uvisshet om en av deres foreldre vil bli utvist, over en periode på seks år som i Kaplan med flere mot Norge, eller nærmere fire år som i Nunez mot Norge, kan diskuteres.¹⁶³³ Barnekomiteen uttrykte i sin avsluttende merknad til Norge fra 2010 bekymring for den lange tiden som kunne gå før vedtak ble truffet i asylsaker.¹⁶³⁴ I tillegg til at tidsbruken kan tyde på at utvisning ikke er nødvendig, kan det være et tegn på at saken er spesiell.¹⁶³⁵ At en sak er spesiell, kan medføre at den ligger på grensen til når det kan avslås opphold eller vedtas utvisning uten å krenke rettigheter, og det kan medføre at det kreves en rekke avklaringer før staten kan fatte et vedtak. Dette kan se ut til å være tilfelle med Kaplan-saken, hvor det i tillegg til det ene barnets diagnose og særlige omsorgsbehov var andre forhold som gjorde at de humanitære grunnene var tungtveiende.

1628 Boultif mot Sveits avsnitt 48 og Maslov mot Østerrike avsnitt 68.

1629 Se for eksempel Omojudi mot Storbritannia, hvor domstolen uttaler «[f]inally, the Court turns to the conduct of the applicant following the commission of the offence on 1 November 2005. The applicant committed a driving offence during this period, having failed to provide a specimen for analysis. As a consequence, he was banned from driving for three years. The remainder of his conduct is difficult to assess as he spent most of the period from the conviction to his deportation in detention», avsnitt 47.

1630 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.7, Boultif mot Sveits avsnitt 48 og Maslov mot Østerrike avsnitt 68, hvor et moment er «the length of the applicant's stay in the country from which he or she is to be expelled».

1631 Marius Emberland, «Bordet fanger i EMD», *Lov og Rett*, 2014 s. 443–444.

1632 Emberland (2014) s. 443–444.

1633 Se Sandberg (2020b) s. 353 om lang botid på mottak etter endelig avslag.

1634 CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 50 (b).

1635 Se Jeunesse mot Nederland avsnitt 103 for et annet aspekt ved lang oppholdstid.

At saken er *spesiell*, er et moment som tyder på at utvisning ikke var nødvendig, slik Høyesteretts flertall var inne på i plenumsdom I.¹⁶³⁶

Utgangspunktet er følgelig at avslag på opphold eller utvisning ofte anses nødvendig for å ivareta statens legitime interesser. I konkrete saker kan det likevel være forhold som gjør at nødvendighetskravet ikke er oppfylt. Ved en vurdering av nødvendigheten er det inngrepet og statens interesser som er i sentrum. Interessene henger i mange tilfeller sammen med utledingens handlinger og unnlatelser. I saker hvor barn blir berørt, gjelder det oftest ikke barnets handlinger eller unnlatelser, men foreldrenes. Et spørsmål er derfor om foreldrenes handlinger og unnlatelser er relevante i den avveiningen som må gjøres etter barnets beste. Dette behandler jeg i det følgende punktet.

7.4 IDENTIFISERING MELLOM FORELDRE OG BARN

Både utformingen av utlendl. § 38, forarbeidene til utlendingsloven og praksis fra norsk Høyesterett og EMD åpner for at foreldrenes handlinger kan innvirke på barnets sak.¹⁶³⁷ Dette har vært omtalt som en identifikasjon mellom barnet og foreldrenes handlinger og har vært gjort på flere ulike måter i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.¹⁶³⁸

En type identifikasjon er når vedtaket retter seg direkte mot barnet, og foreldrens handlinger benyttes for å rettferdiggjøre at innvandringsregulerende hensyn gjør seg gjeldende i barnets sak, så vel som i foreldrenes.¹⁶³⁹ Foreldrenes handlinger kan da innvirke på barnets mulighet til å få sitt beste ivaretatt. En litt annen type er det når vedtaket direkte retter seg mot barnets foreldre eller andre hovedomsorgspersoner. Ettersom barnets beste gjelder i alle saker som berører barn, må rettigheten respekteres også i slike saker. Her blir det ikke en direkte, men snarere en indirekte identifikasjon. Foreldrenes handlinger eller unnlatelser har gjort at staten har legitime interesser som er egnede og nødvendige å vektlegge i

1636 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 119, hvor det uttales at «jo mindre konsekvenser en innvilgelse av en oppholdstillatelse får for andre saker, jo større rom vil det være for å legge vekt på individuelle hensyn. Hensynet til barnets beste vil derfor lettere kunne bli avgjørende i avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn der det er spesielle forhold knyttet til barnet, enn der barnet er i en normalsituasjon som ikke atskiller seg fra det som gjelder for barn flest som søker om opphold.»

1637 Utformingen av § 38 åpner for en slik innvirkning ved at innvandringsregulerende hensyn kan vektlegges etter fjerde ledd, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 160, Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 133 og Butt mot Norge avsnitt 79.

1638 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 133 og 193, Butt mot Norge avsnitt 79 og Einarsen (2013) s. 294.

1639 Som i Rt. 2012 s. 1985, som gjaldt både forelderens og barnets oppholdstillatelse.

saken mot dem. Fordi barnets beste er implementert i en avveiningsregel, enten avveiningen som må gjøres etter utlendl. §§ 38 eller 70, følger statens interesser med og innvirker på barnets rettighet.

Et tredje tilfelle av identifikasjon finnes i EMDs praksis. Domstolen har flere ganger uttalt:

Another important consideration is whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host State would from the outset be precarious [...]. Where this is the case the removal of the non-national family member would be incompatible with Article 8 only in exceptional circumstances [...].¹⁶⁴⁰

Vektleggingen av når familielivet oppsto, kan påvirke barns muligheter til å få ivaretatt sine interesser.¹⁶⁴¹ Et eksempel fremkommer av Udeh mot Sveits, hvor EMD uttalte følgende:

[T]he principal offence was committed by the first applicant after the two children had been conceived; in other words, his wife could not have been aware of it at the time when the family relationship was created, this being a factor of considerable importance in the assessment of the present case. However, as regards the first applicant's relationship with his new girlfriend and *the birth of a child* from that relationship, those facts cannot be taken into consideration in the Court's examination, given that they occurred at a time when his right to stay in Switzerland was already insecure. (Min utheving)¹⁶⁴²

I saken var det altså tre barn, hvorav den yngste etter EMDs resonnementet ikke ville få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn, på samme måte som de andre to. Også barnets rett til familieliv vil gis et svakere vern med et slikt resonnement. Dette fordi familielivet, som omfatter fødselen av et barn, ble opprettet da det var usikkert om barnets far ville få bli i landet. Barnet hadde naturlig nok ingen innvirkning på situasjonen. Denne typen identifisering som EMD har foretatt, har i utgangspunktet lite feste i norsk utlendingrett, i motsetning til de to førstnevnte typene identifisering.

1640 Her sitert fra Darren Omoregie med flere mot Norge avsnitt 57, som inneholder henvisninger til andre dommer.

1641 Se også Rodrigues da Silva og Hoogkamer mot Nederland, hvor det uttales om barnet at «Rachael was born from a genuine relationship», avsnitt 37.

1642 Udeh mot Sveits avsnitt 50.

Spørsmålet er om det er adgang til å la foreldres handlinger eller unnløtelser innvirke på barnets sak og rettigheter på slike måter som jeg har her nevnt.

Barn er selvstendige rettighetshavere, og foreldrenes handlinger endrer ikke dette.¹⁶⁴³ Uavhengig av hva foreldrene har gjort eller ikke har gjort, har barn rett til å få sitt beste vurdert og lagt til grunn som et grunnleggende hensyn i alle avgjørelser det blir berørt av. Noen direkte identifisering mellom foreldrene og barnet, på en måte som gjør at barnets rettigheter ikke respekteres eller sikres, er det ikke adgang til. En slik identifisering som i Udeh mot Sveits er følgelig ikke forenelig med barns rettigheter. Et annet eksempel finnes i plenumsdom I. I dommen var et spørsmål om tiknytningen barna hadde fått til Norge i perioden med ulovlig opphold, måtte ses bort fra.¹⁶⁴⁴ Det ville innebære at foreldrenes unnløtelse av å forlate landet kunne innvirket på barnets rett til å få ivare tatt sin identitet og statsborgerskap.¹⁶⁴⁵ Slik identifisering ville ikke vært i tråd med barns rettigheter eller et rettighetsperspektiv. Både flertallet og mindretallet kom også til at barnets tilknytning skal vektlegges, selv om den er opparbeidet mens barnet var ulovlig i Norge.¹⁶⁴⁶

Fordi barnets beste ikke er en absolutt rettighet, er det imidlertid ikke utelukket at foreldrenes handlinger kan innvirke på *avveiningen* som må gjøres i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, på andre måter. I plenumsdom I ble det lagt til grunn at det var behov for en restriktiv praksis med å innvilge opphold av *hensyn til andre barn*, enn de som blir berørt av vedtaket. Flertallet uttalte at «[v]ed vurderingen av om det skal gis oppholdstillatelse etter § 38, kan det altså legges vekt på hvilken konsekvens vedtaket vil kunne få for andre barn».¹⁶⁴⁷ Flertallet uttalte også at «[n]år barna ikke kan bedømmes isolert fra foreldrenes ulovlige opphold, har det sammenheng med at barn i så fall lett vil kunne bli brukt som «middel» fra foreldrenes side for å oppnå oppholdstillatelse ved å la være å følge opp plikten til å forlate landet, med de uheldige følger det kan få for andre barn».¹⁶⁴⁸ Hva som menes med «bedømmes», er noe uklart. Det ser ut til at konsekvensene vedtaket kan ha for andre barn, ikke er et selvstendig hensyn, men benyttes for å legitimere en identifikasjon mellom barnet og foreldrene, og med det rettferdiggjøre en vektlegging av innvandringsregulerende hensyn i barnets sak. Annenvoterende uttalte at innvandringsregulerende hensyn som ikke er helt gene-

1643 Som annenvoterende i Rt. 2012 s. 1985 er noe inne på i avsnitt 193.

1644 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 123–125, 134 og 185–199.

1645 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.7.

1646 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134 og 199.

1647 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 115.

1648 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 133.

relle, men er begrunnet i å beskytte andre barn, «har mer gjennomslag enn alminnelige håndhevings- og kontrollhensyn».¹⁶⁴⁹

Hensyn som er begrunnet i å beskytte andre barn, ser ut til å henge sammen med det som i § 38 er formulert som «mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag», og som i dommen ses i sammenheng med «likhetsprinsippet i norsk forvaltning».¹⁶⁵⁰ En forståelse av hensynet til andre barn i sammenheng med disse hensynene har nok sammenheng med at det er et mål å påvirke atferden til andre i lignende situasjoner, altså andre foreldre.

Noe som indikerer at det bør vises varsomhet ved å tillegge hensynet til andre barn selvstendig betydning, er at det er uklart hva det er de andre barna faktisk risikerer. De risikerer vel først og fremst at foreldrene tar dem med seg til Norge og forsøker å få opphold her. Utfallet kan da bli avslag, slik at familien må reise tilbake. Da kan det være en risiko for at foreldrene unnlater å returnere frivillig, noe som kan være belastende for barna. Sammenlignet med hva enkelte barn kan risikere ved å sendes til for eksempel Afghanistan, Iran og Irak for å hindre at andre barn kommer med sine foreldre til Norge, synes risikoene ved å ikke foreta en identifisering likevel mindre alvorlige.¹⁶⁵¹ Kanskje er det en risiko det er verd å ta, ettersom barnets interesser kan være så tungtveiende at det må gis oppholdstillatelse. Utfallet blir i så tilfelle at barnet får bli i et land hvor dets interesser ivaretas i større grad, enn i opprinnelseslandet.

I Butt mot Norge behandles argumentet om hensynet til andre barn. I den forbindelse uttalte EMD følgende:

[T]he Court has noted the general approach of the Borgarting High Court that strong immigration policy considerations would in principle militate in favour of identifying children with the conduct of their parents, failing which there would be a great risk that parents exploited the situation of their children in order to secure a residence permit for themselves and for the children (see paragraph 34 above). The Court, seeing no reason for disagreeing with this general approach [...].¹⁶⁵²

Domstolen godtar altså i utgangspunktet argumentasjonen. Den legger imidlertid til at «the need to identify children with the conduct of their parents could not always be a decisive factor; in the concrete case there had been no such risk of

1649 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 187.

1650 Utlendingsloven § 38 fjerde ledd bokstav a og Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 118.

1651 Se blant annet kapittel seks punkt 6.6 og 6.8.

1652 Butt mot Norge avsnitt 79.

exploitation as mentioned above since the applicants had reached the age of majority and their mother had died». ¹⁶⁵³ Det nevnes også at det uvanlige lange oppholdet, sammen med andre forhold i saken, «militate strongly against identifying the applicants' conduct with that of their mother and bringing them to bear adverse consequences from this state of affairs». ¹⁶⁵⁴ Argumentasjonen til domstolen tyder på at nødvendigheten av en slik *identifisering må vurderes nøye*. Det er sentralt om det er forhold i saken som taler for at foreldrene har skjøvet barnet fremfor seg. At hensynets relevans må vurderes nøye, snevrer det noe inn. Det er viktig. Hvis hensynet legges ukritisk til grunn, kan det benyttes for legitimere en økt vektlegging av statens interesser i å begrense innvandringen, selv om det er noe uklart hva som ligger i det, og selv om det er lite relevant i den konkrete saken.

I Butt mot Norge var moren død, og dermed var en identifisering mellom barna og moren i liten grad nødvendig. Et annet tilfelle hvor slik identifikasjon er unødvendig, er hvis moren eller faren til barnet allerede er sendt ut av landet som en reaksjon på brudd på utlendingsloven eller straffelovgivningen, mens barnet er under andres omsorg. I spørsmålet om barnet må innvilges oppholdstillatelse, kan det ikke da være nødvendig å identifisere barnet med foreldrenes handlinger og vektlegge disse som innvandringsregulerende hensyn som taler mot å gi barnet opphold. Disse handlingene har allerede fått konsekvenser for foreldrene. Noe annet er at det kan være til det beste for barnet å gjenforenes med foreldrene, og at dette kan påvirke avgjørelsen.

Som jeg har tatt stilling til i punktet om legitime formål, kan ikke innvandringsregulerende hensyn gå foran hva som er til det beste for *enslige barn* som søker opphold. Også i saker som gjelder enslige barn, finnes det imidlertid tendenser til identifisering mellom barn og foreldre. I Rt. 2009 s. 1261 var et innvandringsregulerende hensyn som ble trukket frem, «ønske om å unngå at barn sendes alene som såkalte 'ankerbarn'». ¹⁶⁵⁵ Hensynet ser ut til å henge sammen med tanken om at noen barn sendes til Norge alene for å få opphold, slik at familien kan komme etter og søke om familiegjenforening. ¹⁶⁵⁶ Formålet med å vektlegge dette som en begrunnelse for å gi avslag ville være å unngå at andre barn blir sendt alene. Det vil si å innvirke på andre barn sine foreldres atferd. Hensynet bygger dermed på en antagelse om hvorfor enslige barn kommer til Norge. I realiteten er det derimot lite som tyder på at barn sendes alene til et fremmed land med familiegjenforening

1653 Butt mot Norge avsnitt 79.

1654 Butt mot Norge avsnitt 86. Se også annenvoterendes behandling av dommen i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 194.

1655 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 34.

1656 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 34.

som hovedformål.¹⁶⁵⁷ Begrunnelsene for at barna reiser, er mange og ulike.¹⁶⁵⁸ Ankerbarn-teorien ser ut til å være lite treffende for et flertall av sakene. Dermed vil ikke slike hensyn være *egnet* til å ivareta statens interesse i å unngå at foreldre sender barn til Norge for å søke familiegjenforening. Ankerbarn-teorien utgjør en risiko for at et hensyn som ikke er egnet til å ivareta statens interesser, kan få gjennomslag på bekostning av svært sårbare barns sterke interesser. Derfor er det viktig at praksis retter seg etter barnekomiteens uttalelse om at innvandringsregulerende hensyn ikke kan gå foran enslige barns beste. I tillegg viser ankerbarn-teorien at det er viktig at egnetheten av statens interesser vurderes med et kritisk blikk.

Forutsatt at barn faktisk ble brukt som anker, er det også usikkert om det ville vært nødvendig å avslå opphold for barnet. Et mindre inngripende tiltak kunne vært å heller være restriktiv med familiegjenforeningen i noen typer saker. Generelle restriktive regler om familiegjenforening kan imidlertid også slå uheldig ut for barn. I *Osman mot Danmark* var saken utløst av at danske myndigheter hadde endret lovgivningen for å hindre foreldre å sende barna sine til opprinnelseslandet for «re-upbringing trips» for extended periods of time to be «re-educated» in a manner their parents consider more consistent with their ethnic origins.¹⁶⁵⁹ Myndighetene ønsket at barna skulle komme til Danmark så unge som mulig og tilbringe «as many of their formative years as possible» der.¹⁶⁶⁰ Det var derfor fastsatt regler om at oppholdstillatelsen opphørte etter en tid borte fra Danmark. I saken gjaldt en tolv måneders grense for opphold i utlandet og i tillegg en øvre aldersgrense på 15 år for å få innvilget familiegjenforening.¹⁶⁶¹ Om lovgivningen uttalte EMD at «[t]he Court does not question that the said legislation [...] pursued a legitimate aim».¹⁶⁶² Spørsmålet var om «*in the circumstances of the present case, the refusal to reinstate the applicant's residence permit was proportionate to the aim pursued*» (min utheving).¹⁶⁶³ Domstolens videre behandling av dette spørsmålet er av betydning for adgangen til å identifisere barn med sine foreldre, uten å krenke barnets rettigheter.

1657 Ada Engebriksen, «Forlatte barn, ankerbarn, betrodde barn... Et transnasjonalt perspektiv på enslige, mindreårige asylsøkere», *NOVA Rapport*, nr. 7 2002 s. 44–45. Jeg har ikke funnet nyere norsk forskning om temaet. Ankerbarn-teorien ser imidlertid ikke ut til å være særnorsk, se Pobjoy (2015) s. 361. Også Pobjoy viser i en note til litteratur om at stater ser ut til å stole på anekdotiske bevis for teorien (note 195).

1658 Engebriksen (2002) s. 44–45 og Meld. St. 27 (2011–2012), *Barn på flukt* s. 18.

1659 *Osman mot Danmark* avsnitt 66.

1660 *Osman mot Danmark* avsnitt 66.

1661 *Osman mot Danmark* avsnitt 28 og 66.

1662 *Osman mot Danmark* avsnitt 67.

1663 *Osman mot Danmark* avsnitt 67.

Domstolen fastslo at «that although the legislation at issue aimed at discouraging parents from sending their children to their countries of origin to be ‘re-educated’ in a manner their parents consider more consistent with their ethnic origins, the children’s right to respect for private and family life cannot be ignored».¹⁶⁶⁴ Jenta som var klager i saken, hadde anført at det var faren som hadde bestemt at hun måtte reise for å ta seg av bestemoren i en flyktningleir, at hun ikke ønsket det, og at det ikke var i hennes beste interesser.¹⁶⁶⁵ Til det anførte staten at om reisen var mot hennes ønske, var uten betydning «as [the applicant’s] parents had custody over her at the time of her departure» og kunne lovlige treffe «decisions about [her] personal circumstances».¹⁶⁶⁶ Domstolen slo imidlertid fast at «in respecting parental rights, the authorities cannot ignore the child’s interest including its own right to respect for private and family life».¹⁶⁶⁷ Sammenholdt med enkelte andre momenter ble konklusjonen dermed at jentas rettigheter etter art. 8 var krenket. Argumentasjonen til EMD underbygger at foreldres handlinger og unnlaterer kan falle inn under statens legitime interesser og dermed vektlegges i en avveining mot barns eller barnets interesser, både ved utforming av generell lovgivning og i enkeltsaker, *men barnets rettigheter må like fullt respekteres*.

Foreldrenes handlinger og unnlaterer kan kun komme inn i avveiningssiden av barnets beste, under statens interesser. Dette er nødvendig for at staten skal ivareta sin plikt til å respektere, sikre og oppfylle barns rettigheter. En annen side av forholdet mellom statens sikringsplikt og foreldrenes rolle er at rettighetene ikke kan gjøres avhengige av foreldrenes evne til å sikre dem. I barnekomiteens behandling av klagesaken K.Y.M mot Danmark legger komiteen til grunn at barnets rett etter BK art. 19 «cannot be made dependent on the mother’s ability to resist family and social pressures».¹⁶⁶⁸ Staten kan ikke overlate hele ansvaret til foreldrene, selv om også foreldre har et ansvar.

Foreldre kan ikke avskjære barnet fra å nyte godt av det vernet rettighetene gir, selv om de kan påvirke relevansen og vekten av statens interesser. Foreldrenes handlinger kan heller ikke tillegges så stor vekt at det i realiteten foretas en fravikelse av rettigheten. Rettighetens kjerne må respekteres. En eventuell identifisering mellom barn og foreldre kan dermed kun komme inn i avveiningssiden av barnets beste, som innvandringsregulerende hensyn. Dermed gjelder kravene om *egnethet og nødvendighet* for å ivareta statens interesser som springer ut av forel-

1664 Osman mot Danmark avsnitt 69.

1665 Osman mot Danmark avsnitt 70.

1666 Osman mot Danmark avsnitt 71.

1667 Osman mot Danmark avsnitt 73.

1668 K.Y.M mot Danmark avsnitt 11.8 (b).

drenes handlinger. Vekten av statens interesser må som ellers vurderes *konkret i den aktuelle saken*. At barnet ikke kan klandres for foreldrenes handlinger, er et moment som kan innvirke på vekten av statens interesser, der disse er knyttet opp mot foreldrenes handlinger eller unnlatelser.

7.5 VEKTINGEN AV STATENS INTERESSER

Vektingen av statens interesser kan ikke gjøres helt løsrevet fra kravene om egnethet og nødvendighet. I hvor stor grad avgjørelsen er egnet og nødvendig for å ivareta interessene, har betydning for hvor tungtveiende de er. Et eksempel er når saken er spesiell, men likevel ikke helt uegnet til å ivareta statens interesser. Interessene vil da ofte ikke være særlig tungtveiende.¹⁶⁶⁹ Hvis det er pressende å regulere innvandringen, for eksempel på grunn av store økonomiske utfordringer, må det være mer tungtveiende enn når en regulering er mindre påkrevd av slike hensyn.

Vektingen må nødvendigvis ta utgangspunkt i de interessene staten søker å ivareta ved avgjørelsen. Ved *utvisning* er det ofte behovet for å opprettholde ro, orden og hindre kriminalitet. Etter utlend. § 70 er «forholdets alvor» sentralt for å avgjøre om en utvisning vil være forholdsmessig. Av ordlyden i § 70 følger det at jo mer *alvorlig* forholdet er, jo sterkere interesser har staten i å utvise utlendingen. Utvisningsgrunnlaget og *graden av alvorlighet* i de handlingene som aktualiserer grunnlaget, er dermed sentralt for vekten av statens interesser. De to typene utvisningsgrunnlag som er relevant for temaet her, er brudd på straffelovgivningen og på utlendingslovens bestemmelser.¹⁶⁷⁰ Alvorlighetsgraden vil være sentral i begge typene saker, selv om brudd på utlendingsloven må vurderes på en annen måte enn brudd på straffelovgivningen. I utgangspunktet er det nærliggende at alvorligheten av straffelovbrudd vurderes på samme måte som når det i strafferetten tas stilling til forholdets alvor. Av EMD er det for eksempel lagt til grunn at ikke-voldelige forbrytelser er mindre tungtveiende enn voldelige.¹⁶⁷¹ Forbrytelser knyttet til narkotika er først og fremst alvorlige når det gjelder «those actively involved in the spread of this scourge».¹⁶⁷² Videre gir utvisningsgrunnlagene i utlend. §§ 66–68 noe veiledning, ettersom det skal mer alvorlige lovbrudd til for å utvise utlendinger med oppholdstillatelse, enn hvis utlendingen ikke har lovlig opphold.

1669 Se dette kapittelets punkt 7.3.3.

1670 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.5.6.3.

1671 Maslov mot Østerrike avsnitt 81.

1672 Maslov mot Østerrike avsnitt 80.

I utlendl. § 38 fjerde ledd følger de innvandringsregulerende hensynene som reflekterer statens interesser i saker om *opphold på humanitært grunnlag*. I bokstav c og d er «hensynet til kontroll» og «hensynet til respekten for lovens øvrige regler» angitt. Som ordlyden indikerer, er disse først og fremst relevante ved brudd på utlendingslovens bestemmelser.¹⁶⁷³ Hensynene har likhetstrekk med utvisningsgrunnlagene som kan benyttes ved utvisning av en utlending uten oppholdstillatelse.¹⁶⁷⁴ I likhet ved utvisning henger vekten sammen med alvorlighetsgraden av lovbrudd som er begått.¹⁶⁷⁵

Etter § 38 fjerde ledd bokstav a kan «mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag» vektlegges. Ordlyden ser ut til å sikte til hvor det å innvilge opphold på et bestemt grunnlag kan føre til en *økning av søknader* på samme grunnlag. I forarbeidene er det derimot understreket at hensynet også gjelder «konsekvenser for et antall saker som allerede ligger til behandling». Ettersom bokstav a omfatter omfanget av søknader, synes en slik type konsekvens å passe bedre under ordlyden i bokstav b. Etter bokstav b kan «de samfunnsmessige konsekvensene» vektlegges. Det er en nokså vid kategori. Samtidig er det vanskelig å se at å innvilge *en* søknad gir de helt store samfunnsmessige konsekvensene. I forarbeidene betraktes både bokstav a og b som konsekvenser «av prinsippet om likebehandling», altså at like tilfeller skal behandles likt.¹⁶⁷⁶ Forstås bokstav b som de samfunnsmessige konsekvensene ved å måtte innvilge flere søknader på lignende grunnlag, slik forarbeidene sikter til, er det lettere å se behovet for hensynet.¹⁶⁷⁷

Som jeg har lagt til grunn i kapittel tre, er § 38 fjerde ledd ment å tolkes slik at innvandringsregulerende hensyn *skal* vektlegges, *så fremt de gjør seg gjeldende*.¹⁶⁷⁸ I forarbeidene legger departementet til grunn at innvandringsregulerende hensyn skal vektlegges «der hvor de er aktuelle», men at i en del saker vil de «aktuelle innvandringsregulerende hensyn ha liten tyngde».¹⁶⁷⁹ Det gjør at sakens karakter og faktum er sentralt for om hensynene gjør seg gjeldende, og i så fall vekten. I motsetning til hva som gjelder for hensynene i § 38 fjerde ledd bokstav c, d og utvisningsgrunnlagene, ser det imidlertid ikke ut til at utlendingens handlinger eller unnlatelser er påkrevd for å aktualisere hensynene i bokstav a og b. At de er mer

1673 Se for eksempel utlendingsforskriften § 8-5 tredje og fjerde ledd.

1674 Se utlendl. § 66 føret ledd bokstav a.

1675 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.4.2.3 og 3.5.6.3.

1676 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 421.

1677 Forarbeidene trekker frem to måter likebehandlingsprinsippet kan gjøre seg gjeldende på; «enten fordi vedkommende sak kun er en av mange likeartede som skal behandles, eller fordi et positivt vedtak kan ventes å øke antall nye asylsøkere», Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 421.

1678 Kapittel tre punkt 3.4.2.3.

1679 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154.

generelt utformet og bygger på en likhetstankegang, tyder på at de ikke nødvendigvis krever klanderverdig atferd fra utlendingens side. Spørsmålet blir om hensynene i bokstav a og b kan vektlegges i alle typer saker som kan ha overføringsverdi til andre, og i så fall hvilken betydning det har for vektingen?

Et spørsmål av betydning for disse problemstillingene er hva likebehandlingsprinsippet innebærer. Bernt og Rasmussen legger til grunn at «likhetsprinsippet i forvaltningen» er nær beslektet med forbudet mot å ta utenforliggende hensyn og er «et krav om at like tilfeller skal behandles likt».¹⁶⁸⁰ I plenumsdom I uttales det om prinsippet at «[n]år det innvilges oppholdstillatelse i ett tilfelle, medfører det at det må innvilges oppholdstillatelse i andre tilsvarende tilfeller».¹⁶⁸¹ Som Bernt og Rasmussen slår fast, sier imidlertid et slikt prinsipp lite, og de stiller det betimelige spørsmålet «hva er egentlig likt?».¹⁶⁸² For temaet her er et spørsmål hvor like sakene om opphold eller utvisning som berører barn, er? Og hvor like må saker være for at forvaltningen må komme til samme resultat, slik det gis uttrykk for i plenumsdommen?

Uttalelsen i plenumsdommen ser ut til å basere seg på forarbeidene til utlendingsloven.¹⁶⁸³ Der står det at «det først og fremst er konsekvenser som kan knyttes til *terskelen for innvilgelse og avslag*, blant annet grunnet *likebehandlingsprinsipp*, som kan være av innvandringsregulerende betydning» (min utheving).¹⁶⁸⁴ Uttalelsen er ikke entydig. Terskelen må nødvendigvis bero på en tolkning av bestemmelsen i sin helhet, herunder hva som regnes som sterke menneskelige hensyn, og om barn blir berørt, jf. § 38 tredje ledd.¹⁶⁸⁵ Det er vanskelig å se hvordan en enkelt sak, hvor kriteriene i § 38 første ledd er oppfylt, påvirker terskelen. Ettersom departementet viser til likebehandlingsprinsipp, er det mulig det siktes til tilfeller hvor det må innvilges opphold i flere like saker, slik at dette samlet flytter terskelen. Det leder til spørsmålet om hvor lik sakene etter § 38 hvor barn blir berørt, oftest er? Analysene i kapittel syv viser imidlertid at sakene ofte ikke er spesielt like, dette fordi barn ofte har *ulike interesser*, som har *ulik tyngde*. At det i mange saker vil være til det beste for barna å få bli i Norge, sammen med sin familie, innebærer ikke at sakene er like, eller at hva som er i det berørte barnets beste interesser, er like tungtveiende. At barn har ulike interesser, med ulik tyngde, er saklige grunner for å behandle dem ulikt.

1680 Bernt og Rasmussen (2010) s. 97. Se også Graver (2019) s. 120 om «likhetsgrunnsetningen».

1681 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 118.

1682 Bernt og Rasmussen (2010) s. 97. Se også Eckhoff og Smith (2018) s. 66 om hva som er «likt».

1683 Førstvoterende viser til Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154, Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 117.

1684 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154.

1685 Under forbehold om at det er mulig å finne en generell terskel, slik det ser ut til at departementet mener i forarbeidene.

Menneskerettigheter skal sørge for at individers sterke interesser blir ivaretatt, og barnets beste skal sørge for at hvert barn behandles som et rettighetsbærende *individ*, og at dets *konkrete interesser* blir prioritert. Hvis likhetsbetraktninger tillegges stor vekt, kan det svekke vernet av barns interesser. Det er et paradoks at likhetsprinsippet, som i utgangspunktet ser ut til å skulle beskytte individet mot usaklig forskjellsbehandling og at det tas utenforliggende hensyn, i utlendingsretten benyttes som argument for ikke å ivareta barns ofte sterke og tungtveiende behov. Resultatet kan bli at barn som blir berørt i denne typen saker, ikke får ivaretatt sine behov, men likt blir det ofte ikke, ettersom deres behov ofte er ulike andre barns behov. Med det som bakteppe blir spørsmålet igjen om hensynene i bokstav a og b kan vektlegges i alle typer saker som kan ha overføringsverdi til andre, og i så fall hvilken betydning det har for vektingen.

Ordlyden tyder på at hensynene gjelder generelt og ikke trenger å aktualiseres av utlendingens handlinger eller unnlater. Ettersom departementet knytter likhetsprinsippet til terskelen for å innvilge opphold, og denne er høyere dersom utlendingen har brutt utlendingslovens regler, vil antageligvis hensynene likevel være mest relevante i slike tilfeller. Et krav ser det imidlertid ikke ut til å være. Av EMD er det uttalt at «whether there are factors of immigration control (for example, a history of breaches of immigration law) or considerations of public order» er sentralt i en avveining hvor avgjørelsen retter seg mot utlendinger uten oppholdstillatelse.¹⁶⁸⁶ Uttalelsen tyder på at slike forhold øker vekten av statens interesser, men at det ikke er en absolutt forutsetning.¹⁶⁸⁷

For at barns interesser skal nyte et effektivt vern, må hovedreglene være at jo mer generelle, vidtrekkende og lite etterprøvbare statens interesser er, jo mindre tungtveiende må de anses å være i møte med barnets interesser. Når det ikke foreligger grunnlag for å klandre utlendingen, må hovedregelen være at de innvandringsregulerende hensynene veier lite, etter min mening for lite for å alene kunne gå foran barns sterke interesser.¹⁶⁸⁸ At slike generelle innvandringsregulerende hensyn alene veier lite, støttes av at det er vanskelig å se nødvendigheten av å vektlegge dem kun ut fra en henvisning til likhetsprinsippet. Dersom landet har store økonomiske utfordringer på grunn av innvandring, blir det noe annet. Da vil dette kunne vektlegges og i noen tilfeller medføre at statens interesser blir tungtveiende, uten at det nødvendigvis innebærer at disse blir avgjørende i enkeltsaker.

1686 Jeunesse mot Nederland avsnitt 107.

1687 Butt mot Norge tyder også på at når avgjørelsen retter seg mot noen som ikke kan klandres for de bruddene som er begått, og det heller ikke er grunnlag for noen identifisering med den som har begått lovbruddet, kan ikke innvandringsregulerende hensyn tillegges noe større vekt.

1688 Se i lignende baner Pobjoy (2015) s. 360.

Av EMD er det utformet en liste over kriterier/momenter som inngår i forholdsmessighetsvurderingen når utlendingen regnes som «settled migrants», hvorav flere er av betydning for *hvor tungtveiende statens interesser* anses å være.¹⁶⁸⁹ Disse ser også ut til å være relevante i saker hvor utlendingen ikke har fått innvilget oppholdstillatelse tidligere, men kriteriene må da vurderes ut fra at saken i slike tilfeller står i en annen rettslig og faktisk stilling.¹⁶⁹⁰ Et av momentene er *lovbruddets karakter og alvorlighetsgrad*, som jeg allerede har vært kort inne på ovenfor.¹⁶⁹¹ Et annet er *tiden* som har gått siden lovbruddet, og utlendingens *etterfølgende atferd* i perioden frem til EMDs behandling.¹⁶⁹² Som nevnt ved behandlingen av nødvendighetskravet tyder lang tid på at avgjørelsen ikke er nødvendig for at staten skal kunne ivareta sine interesser. Selv om det ikke har gått så lang tid at det er unødvendig å utvise eller avslå opphold, taler lang tids passivitet fra statens side for at statens interesser ikke er særlig tungtveiende.¹⁶⁹³ Enda mindre tungtveiende blir de hvis utlendingen ikke har begått nye lovbrudd i perioden.

Et tredje moment er om ektefellen, hvor det er en ektefelle, *visste om lovbruddet* da forholdet ble inngått. I saker hvor barn er berørt, innebærer vektleggingen av argumentet en identifisering av barnet med sine foreldres atferd, som kan være i strid med barns rettigheter.¹⁶⁹⁴ Momentets karakter tyder på at det å gifte seg og stifte familie når det er begått et lovbrudd, er klanderverdig og gir staten en svakere plikt i til å sikre familielivet. Koblingen hadde imidlertid vært sterkere hvis familielivet ble stiftet på et tidspunkt hvor det var klart at det ville bli fattet vedtak om utvisning.

I saker hvor avgjørelsen retter seg mot en som ikke har fått innvilget oppholdstillatelse, har EMD formulert momentet som «whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host State would from the outset be precarious».¹⁶⁹⁵ Her er koblingen sterkere opp mot de interessene som ofte søkes ivareta i denne typen saker, i tillegg til at det synes noe mer

1689 Som nevnt i kapittel seks er det ikke kriterier av typen vilkår, men mer momenter som må tas i betraktning, og som er av betydning for vekten av de motstridende interessene, se punkt 6.10.2.

1690 Slik det fremgår av Jeunesse mot Nederland avsnitt 104 og 105.

1691 Ünner mot Nederland avsnitt 57 og Maslov mot Østerrike avsnitt 68. Se også Nunez mot Norge avsnitt 72, hvor domstolen sa seg enig i «the aggravated character of the applicant's administrative offences under the Immigration Act» og legger til at «the seriousness of her offences does not seem to have diminished with time». Lignende uttalelser finnes også i Kaplan med flere mot Norge avsnitt 83 og 96.

1692 Boulitif mot Sveits avsnitt 48.

1693 I tillegg øker gjerne tyngden av barnets interesser ettersom tiden går.

1694 Se punkt 7.4 ovenfor.

1695 Jeunesse mot Nederland avsnitt 108 med videre henvisninger.

forutberegning for familien. Høyesterett har imidlertid tolket EMDs praksis slik at det ikke kan legges særlig vekt på at ektefellen til den utviste *ikke* visste om det usikre oppholdsgrunnlaget da ekteskapet ble stiftet.¹⁶⁹⁶

I begge tilfellene, både ved begått straffelovbrudd og ved andre grunner for usikkert oppholdsgrunnlag, ligger det et element av klander, og dette elementet gjør seg ikke gjeldende overfor barnet. Dette må etter min mening svekke vekten betraktelig.

Et fjerde moment EMD har trukket frem, og som ser ut til å ha betydning for vekten, er når det foreligger «fait accompli» / *tillitsbrudd*, altså hvor utlendingen på en eller annen måte har handlet i strid med den tilliten staten har vist. I Sheina mot Russland uttalte EMD at «[w]here confronted with a fait accompli the removal of the non-national family member by the authorities would be incompatible with Article 8 only in exceptional circumstances».¹⁶⁹⁷ Det ser følgelig ut til å anses tungtveiende. Igjen er det normalt ikke barnet som kan klandres, og dermed bør vekten også her svekkes i en avveining mot barnets interesser. Til tross for dette har Høyesterett i HR-2019-2286-A holdt fast ved et krav om at utvisningen av en forelder, dersom det foreligger et tillitsbrudd, kun er uforholdsmessig hvis utvisningen innebærer «uvanlig store belastninger» for barna.¹⁶⁹⁸ Domstolens argumentasjon bygger i stor grad på eldre høyesterettsdommer, i tillegg til praksis fra EMD. En svakhet ved dommen er at den ikke behandler kilder fra barnekomiteen, og det er derfor ikke gitt at tolkningen er i tråd med de kravene som følger av BK art. 3. I tillegg kommer at etter EMDs praksis kan flere elementer sammen utgjøre «exceptional circumstances», slik at en vurdering som utelukkende retter seg mot belastningen barna vil oppleve, kan bli for snevrer i enkelte saker.¹⁶⁹⁹

Av utlendingsforskriften § 8-5 fjerde ledd følger det at «[s]om mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn etter denne bestemmelsen regnes blant annet [...] at barnets foreldre ikke har klart å sannsynliggjøre egen identitet». Ordlyden ser ut å knytte seg til forelderens identitet. Å vektlegge manglende avklaringer av barns identitet kan være problematisk. I flere land som ofte er representert i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, er det manglende fødselsregistrering av barn.¹⁷⁰⁰ Manglende registrering ved fødsel utgjør en risiko for

1696 HR-2019-2286-A avsnitt 89 og 116.

1697 Guliyev og Sheina mot Russland avsnitt 56.

1698 HR-2019-2286-A avsnitt 91 flg.

1699 Se for eksempel Nunez mot Norge avsnitt 84, Kaplan med flere mot Norge avsnitt 98 og Jeunesse mot Nederland avsnitt 113–122.

1700 CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 33, hvor det kommer frem at i 2011 var majoriteten av barna uregistrert, CRC/C/IRN/CO/3-4 avsnitt 43, hvor det kommer frem at særlig barn av flyktninger og andre utlendinger ikke blir registrert ved fødsel, CRC/C/IRQ/CO/2-4 avsnitt 31 (c), CRC/C/NGA/CO/3-4 avsnitt 36, CRC/C/PAK/CO/5 avsnitt 28 og CRC/C/TUR/CO/2-3 avsnitt 36.

at barnet ikke får sine rettigheter respektert og sikret, og kan ha en rekke negative følger for barnet.¹⁷⁰¹ Barnet har en sterk interesse i å bli registrert ved fødsel, og de har rett til det etter BK art. 7 nr. 1. At det ikke er gjort, kan ikke barnet lastes for. Ofte kan heller ikke foreldrene det. Det er statene som har sviktet. Hvis barnet kommer fra et land hvor det er problemer med slik registrering, og som følge av dette ikke kan sannsynliggjøre sin identitet, må ikke dette brukes mot barnet.

Det er altså en rekke ulike forhold som kan innvirke på vekten av statens interesser. Felles er at ingen kan kobles direkte opp mot barnet og dets handlinger. Det taler for at de bør tillegges mindre vekt i en avveining mot barnets interesser, enn ved en avveining mot voksnes interesser. Det innebærer likevel ikke at barnets interesser alltid blir avgjørende. Hvorvidt barnets interesser må bli avgjørende, avhenger av tyngden av disse.

7.6 AVVEININGEN

Avveiningen er et resultat av vurderingen og vektingen av hva som best tjener barnets interesser, og vektingen av statens interesser, som begge må gjøres konkret, med utgangspunkt i det berørte barnet og forholdene i den aktuelle saken.¹⁷⁰² Dermed blir også avveiningen konkret. Her tar jeg derfor bare opp sentrale og generelle trekk ved avveiningen.

Hvilke føringer ordlyden i BK art. 3 nr. 1 og GrL § 104 annet ledd gir på vektingen av barnets beste, har jeg behandlet i kapittel syv.¹⁷⁰³ Utover at barnets beste skal være «a primary consideration»/«et grunnleggende hensyn», gir ordlyden i bestemmelsene liten føring på avveiningen. Barnekomiteen har uttalt følgende:

The expression 'primary consideration' means that the child's best interests may not be considered on the same level as all other considerations. This strong position is justified by the special situation of the child: dependency, maturity, legal status and, often, voicelessness.¹⁷⁰⁴

Barnets beste skal altså ha høy prioritet, slik det også kommer frem av ordlyden i art. 3 nr. 1.¹⁷⁰⁵

1701 General Comment nr. 4/23 avsnitt 20.

1702 Som EMD har uttalt i *Jeunesse mot Nederland* om saker om opphold, vil «the extent of a State's obligations to admit to its territory relatives of persons residing there [...] vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest», avsnitt 107.

1703 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.3.

1704 General Comment nr. 14 avsnitt 37.

1705 Som fremhevet av barnekomiteen i General Comment nr. 14 avsnitt 39.

Av EMD er det, som jeg var inne på i kapittel syv, lagt til grunn at staten må «advert to and assess evidence in respect of the [...] proportionality of any removal of a non-national parent in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it».¹⁷⁰⁶ Staten må altså vurdere og undersøke *proporsjonaliteten* ved en eventuell utsending av en forelder, for å sikre tilstrekkelig vektlegging av barnets interesser. Samtidig er det etter EMDs praksis et sentralt spørsmål om det er foretatt en *rettferdig balanse* mellom individets, herunder barnets interesser på den ene siden og statens på den andre siden.¹⁷⁰⁷ Videre må barnets beste være et tungtveiende element i *forholdsmessighetsvurderingen* som må gjøres når Grl. § 102 kommer til anvendelse.¹⁷⁰⁸ Av utlendl. § 70 hvor barnets beste inngår, følger det at utvisningen ikke må være uforholdsmessig. Det benyttes altså flere ulike begreper. Det er likevel ingen motstrid. Alle begrepene sikter til en avveining mellom konkurrerende interesser.¹⁷⁰⁹

Utgangspunktet for avveiningen er at barnets interesser taler for et annet resultat enn statens. I motsatt fall er ikke en avveining nødvendig. I sakene som her behandles, vil motstrid foreligge hvis det er til barnets beste å bli i Norge, ettersom statens interesser etter dagens regelverk er av en slik karakter at de, så fremt de gjør seg gjeldende, taler for et avslag på opphold eller en utvisning. Skal staten interesser gå foran barnets, må de veie mer enn hva som *best tjener barnets interesser*. Graver beskriver forholdsmessighetsvurderingen som at statens fordel med inngrepet må overstige ulempene/skadene for individet, her barnet.¹⁷¹⁰ Hva som best tjener barnets interesser, er imidlertid av en *annen karakter* enn statens interesser i å regulere og kontrollere, herunder begrense innvandringen. Barnets interesser er ofte sentrale for å sikre dets helhetlige utvikling og andre konkrete behov. Statens interesser springer i stor grad ut av politiske målsettinger. En avveining mellom to så ulike størrelser skaper utfordringer.¹⁷¹¹ I tillegg kommer kravet om at hva som er i barnets beste interesser, skal være et grunnleggende element i avgjørelsen.

Graver legger til grunn at en forholdsmessighetsvurdering ofte vil bero på et verdibasert skjønn, med klare politiske overtoner.¹⁷¹² Sundsdal beskriver forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning som i grenseland mellom juss og politikk.¹⁷¹³ Abramson beskriver EMDs «principle of reasonableness»/«proportiona-

1706 Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

1707 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.5.2.

1708 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 66.

1709 Eller «motstående hensyn», Bernt (2015) s. 38.

1710 Se Graver (2019) s. 138.

1711 Som påpekt av Sundsdal (2015) s. 266.

1712 Graver (2019) s. 138.

1713 Sundsdal (2015) s. 266.

lity principle» som den laveste standarden og mest subjektive og vilkårlige testen som følger av menneskerettighetene.¹⁷¹⁴ Som jeg har vist i kapittel syv, er det normalt verken vilkårlig eller subjektivt hva som er i et barns beste interesser. Barnets beste er heller ikke politikk. Vektingen av barnets interesser avhenger av hvor tungtveiende behov barnet har i å få bli i Norge. Heller ikke det er politikk, selv om det nok kan ligge noe verdibasert skjønn i vektingen. Det som først og fremst kan bidra til å gjøre avveiningen vilkårlig, subjektiv eller påvirket av politikk, er statens interesser, særlig når de går ut på å styre andres atferd gjennom allmennprevensjon eller innvandringsregulerende hensyn. Som jeg har vært inne på i punktet over, gjelder det imidlertid konkrete føringer på hvilke interesser staten kan vektlegge, og hvor mye vekt de kan tillegges. Noe skjønn kan det likevel bli i avveiningen.

Et skjønn i avveiningen kan gjenfinnes i EMDs behandling av barnets beste i sammenheng med retten til familie- og privatliv. Både ved positive og negative forpliktelser har EMD tilkjent staten en skjønnsmargin i tilknytning til forholdsmessighetsvurderingen.¹⁷¹⁵ Domstolen har uttalt at «it is for the national authorities to make the initial assessment of the pressing social need in each case; accordingly, a margin of appreciation is left to them [...] However, their decision remains subject to review by the Court».¹⁷¹⁶ Det er ikke en *skjønnsfrihet*, men heller et slingsringsmonn. Skjønnsmarginen varierer etter hvilken rettighet saken gjelder, rettighetens karakter i saken og hvilke interesser avgjørelsen er begrunnet i.¹⁷¹⁷ Skjønnsmarginen henger sammen med EMDs subsidiære rolle og har betydning for forholdet mellom EMD og norske myndigheter.¹⁷¹⁸ Den gjelder ikke mellom norske dom-

1714 Abramson (2008) s. 56. Se også s. 36–37 om skjønn i avveiningen.

1715 Se for eksempel EMDs plenumsdom 7. desember 1976, *Handyside mot Storbritannia*, avsnitt 48, Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 42, Konstatinov mot Nederland avsnitt 46 og Nunez mot Norge avsnitt 68. Se videre Ndidi mot Storbritannia avsnitt 75–76 om EMDs prøvingsintensitet.

1716 EMDs dom 22. oktober 1981, *Dudgeon mot Storbritannia* avsnitt 52. Se også *X mot Latvia* avsnitt 101.

1717 Se *Dudgeon mot Storbritannia* avsnitt 52.

1718 Se *Handyside mot Storbritannia* avsnitt 48, Protokoll nr. 15, 24. juni 2013, Amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Signert av Norge den 24. juni 2013 og ratifisert den 17. juni 2014. Se Prop. 30 LS (2013–2014) om samtykke til ratifikasjon av protokoll nr. 15. Protokollen vil endre fortalen til konvensjonen ved at det føyes til et avsnitt. Av protokollen følger det at statene, i tråd med prinsippet om subsidiaritet, har hovedansvaret for å sikre rettighetene, og at de i denne sammenheng nyter en skjønnsmargin, jf. protokollens art. 1. Endringene trer i kraft når alle statene som er bundet av konvensjonen, har signert og ratifisert den. Ettersom den er noen år gammel nå, kan det imidlertid se ut til at arbeidet har stoppet litt opp.

stoler og forvaltningen, og dette forholdet er heller ikke temaet her.¹⁷¹⁹ Det som er interessant med skjønnsmarginen for temaet i dette punktet, er at den ser ut til å ha *to sider*.¹⁷²⁰

Letsas omtaler den første siden som «the substantive concept of the doctrine».¹⁷²¹ Den retter seg mot «the relationship between individual freedoms and collective goals».¹⁷²² Den andre omtaler han som «structural concept».¹⁷²³ Den retter seg mot «the limits or intensity of the review of the European Court of Human Rights in view of its status as an international tribunal».¹⁷²⁴ Sistnevnte side henger sammen med EMDs subsidiære rolle og at nasjonale domstoler ofte er nærmere til å foreta de konkrete vurderingene og avveiningene.¹⁷²⁵ Det er den førstnevnte som her er mest interessant. Denne siden ser Letsas ut til å mene benyttes istedenfor en mer presis begrunnelse for hvorfor en rettighet, til tross for at «there was ‘interference’», likevel ikke var krenket.¹⁷²⁶ Han mener formuleringen benyttes i mangel på et teoretisk fundament.¹⁷²⁷ Letsas uttaler at EMDs «balancing between the various conflicting interests takes place ad hoc, in the absence of a normative theory».¹⁷²⁸ Konklusjonen hans blir at «the substantive margin of appreciation must refer to a theory that explains the role of rights within a broader scheme of political morality that includes political values such as justice, legality and democracy».¹⁷²⁹

1719 Hvilke prøvingsintensiteter norske domstoler bør legges til grunn ved spørsmål om krenkelse av EMK, har vært behandlet i stor utstrekning. Se Jens Edvin A. Skoghøy, «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK» *Lov og Rett*, 2011 s. 189–190 og Jens Edvin A. Skoghøy, «Nasjonal EMK-prøvning – svar til Bjørnar Borvik», *Lov og Rett*, 2012 s. 170–178, som argumenterer for at skjønnsmarginen bare gjelder i forholdet mellom EMD og medlemsstatenes myndighet. Se også Bjørnar Borvik, «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK – replikk til Jens Edvin A. Skoghøy», *Lov og Rett*, 2011 s. 575–595, som ser ut til å ha et litt annet syn enn Skoghøy. Håkon Christian Nyhus, Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?, *Lov og Rett*, 2016 s. 364–390, argumenterer for at skjønnsmarginen EMD tilkjenner nasjonale myndigheter, ikke uten videre bør være bestemmende for norske domstoler ved spørsmål om lovgivning er forholdsmessig.

1720 Letsas har analysert dommer fra EMD og kommet til at skjønnsmarginen benyttes på to ulike måter, Letsas (2006). Se også Silje Holten, «Har Den europeiske menneskerettsdomstolen endret bruken av skjønnsmarginen i retning av en mer prosessuell kontroll?» *Jussens Venner*, 2018 s. 112–136, som bygger på Letsas analyser.

1721 Letsas (2006) s. 706.

1722 Letsas (2006) s. 706.

1723 Letsas (2006) s. 706.

1724 Letsas (2006) s. 706.

1725 Letsas (2006) s. 722.

1726 Letsas (2006) s. 710 flg.

1727 Letsas (2006) s. 713–715.

1728 Letsas (2006) s. 715.

1729 Letsas (2006) s. 716.

Når det trekkes frem at avveiningen/forholdsmessighetsvurderingen blir skjønnsmessig, basert på politikk og til og med kan bli vilkårlig kan forklaringen ligge i manglende bruk av normative teorier om rettigheter, og herunder politiske verdier. En av teoriene Letsas trekker frem, er *interesseteorien*. Denne mener han harmonerer med at en begrensning i rettigheten ikke kan gripe inn i rettighetens kjerne.¹⁷³⁰ Denne kjernen kan bli «interpreted as the importance that certain liberties have for the promotion of certain vital interests, for instance those linked to autonomy».¹⁷³¹ For barn må etter min mening kjernen også omfatte deres sterke interesse i liv, overlevelse og en helhetlig utvikling.¹⁷³² For helhetlig utvikling, som er svært vidtrekkende, må nok noe innvirkning på interessen tåles før kjernen anses berørt. Hvis derimot en utsending fra Norge utgjør en stor risiko for alvorlig skade på barnets helhetlige utvikling, må det kunne sies å falle inn under kjernen av barnets beste og BK art. 6 nr. 2.

En annen meget tungtveiende interesse barnet har, og som henger nær sammen med dets helhetlige utvikling, er barnets behov for omsorg fra sine foreldre. Barnekomiteens syn er at:

[T]he rupture of the family unit by the expulsion of one or both parents based on a breach of immigration laws related to entry or stay is disproportionate, as the sacrifice inherent in the restriction of family life and the impact on the life and development of the child is not outweighed by the advantages obtained by forcing the parent to leave the territory because of an immigration-related offence.¹⁷³³

At utvisning av en forelder på grunn av brudd på utlendingslovens regler kan være uforholdsmessig, er klart. Hvor tungtveiende interesser barnet vil ha i å bli igjen i landet, og i å ha sin forelder sammen med seg, vil imidlertid variere. I noen saker er det nokså uproblematisk for barnet å følge med forelderen fordi det ikke har tungtveiende interesser i å bli. I noen saker er det ikke til barnets beste å bo sammen med forelderen. Dermed har barnet ikke nødvendigvis tungtveiende interesser i at forelderen bor i landet. Dersom barnet kun skal ha samvær med forelderen, kan besøk dekke barnets behov. Hvis barnet derimot har *sterkt behov for omsorg fra forelderen*, slik barn ofte har, barnet har *sterke interesser i å bli i Norge*, og det er tvilsomt om barnet og forelderen kan opprettholde *personlig og regelmes-*

1730 Letsas (2006) s. 718.

1731 Letsas (2006) s. 718.

1732 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.3.

1733 General Comment nr. 4/23 avsnitt 29.

sig kontakt på en måte som ivaretar barnets behov, er situasjonen en annen. I slike tilfeller vil utvisningen gripe inn i barnets tungtveiende interesser og i kjernen av barnets rett til familieliv. Muligens er det slike tilfeller komiteen sikter til med formuleringen «The rupture of the family unit». I slike saker er jeg enig med komiteen i at brudd på utlendingsloven ikke kan være tungtveiende nok til å gå foran barnets interesse. Et slikt vedtak kan gripe inn i kjernen av barnets beste og dermed være uforholdsmessig uavhengig av grunnlaget for utvisningen.¹⁷³⁴

Å fremheve saker hvor det fremstår som klart at barnets interesser må gå foran statens, gir en risiko for at andre typer saker overses. Også i andre tilfeller hvor familielivet, eller andre sterke interesser taler for at barnet må få bli, kan det være barnets interesser må gå foran statens. Kjernen av barnets beste må fastlegges ut fra barnets øvrige rettigheter og interesser og kan neppe utformes for generelt. Det avgjørende må være om noen tungtveiende og grunnleggende interesser, eller rettigheter, gjør seg gjeldende. Når det vanskelig lar seg gjøre å fastlegge en generell kjerne, er det kanskje ikke nødvendig å fokusere så mye på akkurat denne tematikken. Et vedtak som griper inn i rettighetens kjerne, vil jo også være uforholdsmessig. Et stort fokus på kjernen vil kunne gi et inntrykk av at hvis den ikke blir berørt, kan statens interesser gå foran. Slik kan det imidlertid ikke være. Kjernen blir heller en sikkerhetsventil. En sikkerhetsventil er det behov for hvis statens interesser anses vanskelige å etterprøve på grunn av en politisk og abstrakt karakter.

Betydningen av at statens interesser er av en annen karakter enn barnets interesser, er ikke nødvendigvis så stor. Det er fullt mulig å foreta en vekting og avveining uten altfor mye skjønn. Maria-dommen er illustrerende. Etter først å ha vurdert hva som best tjener barnets interesser, slår førstvoterende fast at hennes interesser klart og med stor tyngde taler for at hun «må bli værende i Norge og at moren, som hennes eneste omsorgsperson, ikke kan utvises».¹⁷³⁵ Det legges til at det skal «svært gode og tungtveiende grunner til for å oppveie dette».¹⁷³⁶ Etter dette går førstvoterende over til å se på hvilke grunner som taler for utvisning, og alvorligheten av disse. Disse vurderes, og det kommer frem at det er ubestridt at disse legitime kvalifiserer til utvisning. Alvoret av handlingene vurderes så. Til sist foretas en avveining med utgangspunkt i barnets interesser og de grunnene som taler for utvisning av moren.¹⁷³⁷ Her uttales det følgende:

1734 Utlevering på grunn av svært alvorlige forbrytelser, slik som folkemord, står muligens i en særstilling, men dette temaet behandles ikke her. Se likevel Rt. 2015 s. 155.

1735 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 79.

1736 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 79.

1737 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 81.

Det er en åpenbar spenning mellom behovet for en effektiv og rettferdig utlendingsforvaltning på den ene siden, og kravet etter Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn på den andre siden. Jeg har imidlertid vondt for å se at de grunnene som uten tvil taler for at det reageres overfor A og hennes lovbrudd, i dette tilfellet har den tyngden som skal til for å oppveie de individuelle byrdene for B ved at moren utvises til Kenya. Det har for meg betydning ved den samlede avveiningen her at det er den aldeles uskyldige parten – B – som rammes hardest av sanksjonen.¹⁷³⁸

Selv om de overordnede hensynene som står i spenning til hverandre, nevnes, er avveiningen knyttet til forholdene i saken. Utover at det er noen nokså generelle innvandringsregulerende hensyn som kan være vektlagt i saker etter § 38, er det ingen prinsipielle forskjeller som vil gjør en avveining ved opphold på humanitært grunnlag, vanskeligere enn i utvisningssaker.

Variasjonene i barnets interesser og tyngden av disse kan være like stor innad i samme sakstyper som mellom saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Et innreiseforbud kan nok imidlertid ha betydning for vektingen av barnets interesser, men det kan også en rekke andre forhold som varierer fra sak til sak. At det ikke er noen prinsipielle forskjeller i en avveining mellom barnets og statens interesse i saker om opphold på humanitært grunnlag, sammenlignet med saker om utvisning, fikk betydning i Kaplan med flere mot Norge. I saken hadde moren, sammen med barna, fått innvilget opphold på humanitært grunnlag, mens det var fattet utvisningsvedtak rettet mot faren. EMD uttalte at:

[C]onsidering especially the immigration authorities' unexplained inactivity practically for the entire period of his illegal stay in Norway, the Court is not convinced that these offences against the national immigration rules, by reason of their nature and degree, meant that the interests of the respondent State in ensuring efficient immigration control weighed more heavily in respect of the *first applicant* than they did for the *second applicant* so as to justify a *differentiation between the parents* for the purposes of the present proportionality assessment. (Min utheving)¹⁷³⁹

1738 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 81.

1739 Kaplan med flere mot Norge avsnitt 96.

Her var det altså flere momenter, og særlig passivitetsmomentet, som talte for at staten ikke hadde tunge nok interesser i farens sak til at det skulle utgjøre noen større forskjell i interesseavveiningen.

At barnet er *sårbar* eller i en sårbar situasjon, kan i stor grad innvirke på avveiningen.¹⁷⁴⁰ Dette fordi barnets interesser ofte er meget tungtveiende. Ofte gjør barnets interesse i en helhetlig utvikling seg gjeldende med stor tyngde i denne typen saker. Dermed kan en vektlegging av statens interesser lett gripe inn i kjerne av barnets beste.

Analysen av avveiningen kunne ha inneholdt enda mer dyptgående analyser av statens interesser, og gjerne i sammenheng med teorier om «political morality that includes political values such as justice, legality and democracy», slik Letsas har vært inne på. I denne boken er imidlertid fokuset først og fremst på barns interesser, og her ligger også tyngden av fremstillingen.¹⁷⁴¹

Selv om det i dette kapittelet er fokusert på *avveiningen mellom* barnets interesser og statens interesser, er ikke det at barnets beste gir barns interesser et særlig vern, bare et gode for barn. Det er også et gode for staten. Som Pobjoy er inne på, er å «promoting the best interests of children» også «an independent public interest».¹⁷⁴² At spenningen blir så stor innenfor utlendingsretten, skyldes først og fremst at staten innenfor dette rettsområdet og de to sakstypene jeg behandler, har en del interesser som er vanskelige å harmonere med barns interesser.

I dette kapittelet er tematikken behandlet uten hensyn til prosessuelle regler av betydning for en eventuelt prøvingsintensitet fra domstolens side. Hvor inngående domstolen går i prøvingen av barnets beste, kan ha stor betydning for om rettigheten sikres effektivt. I neste kapittel behandler jeg derfor domstolenes prøvingsintensitet.

1740 Se for eksempel Nunez mot Norge, Kaplan med flere mot Norge og Antwi med flere mot Norge avsnitt 100–101, hvor domstolen sammenligner saken med Nunez mot Norge.

1741 Se denne bokens kapittel 2 punkt 2.2.1.

1742 Pobjoy (2015) avsnitt 361.